This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 229 050

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

ALEXANDER LOEFFLER

Received April 12, 1932

Digitized by Google

Germany

Digitized by Google

Digitized by Google

M I

Das

Volks-Rechtsbewußtsein

der

Gegenwart

über

Bestrafung der Verbrecher.

Von

Wilhelm Möller,

Justizbeamter in Marburg.

Zweite unveränderte Auflage.

Marburg.

N. G. Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung.

1865.

Digitized by Google

Digitized by Google

Das

Volks-Rechtsbewußtsein

der

Gegenwart

über

Bestrafung der Verbrecher.

Von

Wilhelm Möller,

Justizbeamter in Marburg.

Zweite unveränderte Auflage.

Marburg.

N. G. Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung.

1865.

Digitized by Google

QER. 985. MOE

APR 12 1932

Digitized by Google

Vorwort.

Je weniger das Erscheinen einer Schrift über das Straf-Rechtsbewußtsein an sich einer Rechtfertigung bedarf, um so mehr wird man geneigt sein, meinen Beruf, eine solche Schrift zu verfassen, in Zweifel zu ziehen. Es war deshalb auch Anfangs meine Absicht die Umstände, welche mich zum Abfassen und Veröffentlichen dieses Werks bewogen, zu erörtern. Allein ich stand gar bald davon ab. Rechtfertigt nicht der Inhalt der Schrift deren Veröffentlichung, so ist letztere unter allen Umständen ungerechtfertigt.

Manchem scheint es vielleicht als meinte ich lauter Neues gesagt zu haben, und hätte doch nicht daran gedacht, das Gesagte näher zu begründen. Ich befinde mich in diesem Irrthum wenigstens nicht,

Digitized by Google

vielmehr weiß ich, daß ich eben gar nichts Neues, sondern Jedermann bekannte Dinge sage. Es handelte sich mir gerade nur darum, das Allbekannte zu formuliren.

Bezüglich der stilistischen Mängel des Werks bitte ich den geneigten Leser um Nachsicht. Es ist mir beim besten Willen nicht gelungen die Ecken und Kanten überall abzuschleifen, und ohne Zweifel zuweilen begegnet, daß ich das was ich sagen wollte, nicht gesagt habe.

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß.

Erstes Kapitel.

Die Entstehung des Rechts.

		Seite
§. 1.	Das Wesen des allgemeinen Bewußtseins	1
§. 2.	Das Bedürfniß nach Lebensregeln	2
§. 3.	Die Bildung der Lebensregeln	4
§. 4.	Der Uebergang der Lebensregeln ins allgemeine Bewußtsein	5
§. 5.	Verhältniß des Rechts zur Sittlichkeit	6
§. 6.	Der Namen	7
§. 7.	Die Vernunft	8
§. 8.	Das Gewissen und das Rechtsgefühl	11
§. 9.	Verhältniß des Mittels zum Zweck	13
§. 10.	Die Pflicht zur sittlichen Vervollkommnung	15
§. 11.	Die Politik	17
§. 12.	Die Positivität des Rechts	19
§. 13.	Die Umgestaltung der Sittlichkeit und des Rechts	24
§. 14.	Das Motiv für den Einzelnen zum sittlichen Verhalten	27
§. 15.	Die Ursache des Materialismus	29
§. 16.	Die Ursache des Idealismus	33

Zweites Kapitel.

Der Strafzweck.

§. 17.	Das Wesen des Verbrechens	34
§. 18.	Die gerechte Strafe	38
§. 19.	Die möglichen Wirkungen der Strafe	41
§. 20.	Der Volks-Strafzweck	44
§. 21.	Die nicht zum Volkszweck gewordenen Wirkungen der Strafe	49
§. 22.	Die Grenze der Strafe und die Schuld	54

Digitized by Google

Drittes Kapitel.

Die Strafwirksamkeit.

Seite
§. 23. Die Fähigkeit der Strafe Verbrechen zu verhindern 59
§. 24. Die Abschreckung 64

Viertes Kapitel.

Das Strafmaas.

§. 25. Das Verhältniß des Verbrechens zur Strafe 69
§. 26. Die Strafausmessungsgründe 80
§. 27. Die Strafarten 84
§. 28. Die konkrete Strafe 88

Fünftes Kapitel.

Die Begnadigung.

§. 29. Die Gnade als Schenkung der Strafe 91
§. 30. Die Gnade als Austheilen der gerechten Strafe 94
§. 31. Die Gnade vom Standpunkt des Idealismus 96
§. 32. Die Gnade vom Standpunkt des Materialismus 98

Sechstes Kapitel.

Das subjektive Recht auf Strafe und dessen mögliche Verwirklichung.

§. 33. Das subjektive Recht des Staats auf Strafe 100
§. 34. Die möglichen Arten das Forderungsrecht auf Strafe zu verwirklichen 102
§. 35. Die Zeit vor dem Inquisitionsprozeß 103

Siebentes Kapitel.

Der Inquisitionsprozeß.

§. 36. Das Wesen des Inquisitionsprozesses 105
§. 37. Die logischen Folgen des Inquisitionsprinzips oder der Selbsthilfe 110
§. 38. Die materiellen Folgen des Inquisitionsprinzips 113

Achtes Kapitel.

Der gemischte Prozeß.

§. 39. Das Wesen des gemischten Strafprozesses 118
§. 40. Die stehengebliebenen Consequenzen des Inquisitionsprinzips . . 123
§. 41. Die Geschworenen 132
§. 42. Schluß 148

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Die Entstehung des Rechts.

§. 1.

Das Wesen des allgemeinen Bewußtseins.

Jeder Mündige im Volk kennt die sittlichen und rechtlichen Regeln des gegenseitigen Verhaltens der Menschen, weiß was gut und bös, sittlich und unsittlich, recht und unrecht, straflos und strafwürdig ist, er hat das Bewußtsein vom Guten und Bösen, Rechten und Unrechten, Straflosen und Strafbaren. Es ist dieses Bewußtsein auch nicht etwa das Wissen um das Geltende, insbesondere um das geltende Recht, sondern um Lebensregeln die über dem Positiven stehen, und woran dieses selbst gemessen wird. Je nach seiner Uebereinstimmung oder seinem Widerspruch mit dem Höheren wird es selbst für sittlich oder unsittlich, recht oder unrecht, erklärt.

Wir fragen beim Anblick dieser Erscheinung: wie sind diese Lebensregeln entstanden, wozu dienen sie, woher weiß Jedermann um sie? —

Ich nehme an: daß die Menschen mittelst ihres Denkvermögens die sittlichen und rechtlichen Regeln über ihr gegenseitiges Verhalten bilden, um ihr Wohl zu befördern, daß bei der Bildung der Lebensregeln das ganze Volk mitwirkt, sie somit das Ergebniß des Gesammtdenkens der Glieder eines Volks während

Digitized by Google

eines längeren Zeitraums über die Befriedigung ihrer Bedürfnisse, also die Volksansicht über das zweckmäßigste Verhalten der Menschen gegeneinander sind, nemlich über dasjenige Verhalten, durch welches der Zweck eines jeden Einzelnen, glücklich zu leben, am ehesten erreicht wird.

Den Sinn dieser Hypothese will ich nun näher auseinandersetzen. Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß ich mit ihr nicht die Entstehung dessen was sein sollte, sondern dessen was ist zu erklären versuche.

§. 2.

Das Bedürfniß nach Lebensregeln.

Die Menschen leben in Gesellschaft. Einerseits ist ihnen dieses nicht nur Bedürfniß, sondern auch eine Naturnothwendigkeit. Andererseits treibt der Wunsch des Einen, sich zu befriedigen, diesen an, die Befriedigung des Anderen zu stören. Dieser Mißstand ist die nächste Veranlassung zum Aufstellen von Verhaltungsregeln, die den Zweck haben, den Einen zu hindern dem Anderen zu schaden. Sodann ergiebt sich als Thatsache, daß die Befriedigung aller gesteigert wird, wenn der Eine nicht blos dem Anderen nicht schadet, sondern positiv nützt. Auf diese Wahrnehmung gründet sich das Aufstellen von Lebensregeln, welche den Einen anweisen, zu Gunsten des Anderen thätig zu sein oder etwas zu leiden.

Selbstverständlich sind alle diese Lebensregeln über gegenseitiges Verhalten nicht auf das Wohl desjenigen, der etwas thun oder unterlassen soll, sondern auf das Wohl der Anderen, seien diese nun Einzelne oder das ganze Volk berechnet.

Gut und bös bedeuten dasselbe wie nützlich und schädlich. Ist in erster Linie gut die Handlung des Einen, welche dem Anderen nützt, nemlich sein Wohlbefinden fördert, diesen befriedigt, und bös diejenige, welche das Gegentheil bewirkt, so ist in zweiter Linie die Handlung gut, welche der Lebensregel entspricht,

Digitized by Google

bös die, welche ihr widerspricht, weil das Handeln nach der Regel das Nützliche, das Handeln gegen sie das Schädliche zur Folge hat.

Recht und unrecht, sittlich und unsittlich bezeichnen dasselbe wie gut und bös im letzteren Sinn. Eine Handlung ist recht oder sittlich, wenn sie der Lebensregel entspricht, und unrecht oder unsittlich, wenn sie mit derselben in Widerspruch steht. Das Rechte und Sittliche bewirkt Gutes, d. h. fördert das Wohl der Anderen, das Unrechte und Unsittliche erzeugt Böses, d. h. stört das Wohlbefinden der Anderen. — Hat sich eine Strafregel gebildet, dann heißt das Handeln gegen dieselbe strafbar, die That eine strafwürdige.

Gerechtigkeit aber bedeutet das nemliche wie recht, und im Strafrecht einmal Uebereinstimmung des positiven Strafgesetzes mit der Volksansicht, dann Uebereinstimmung des Strafurtheils sowohl hinsichtlich der Größe der Strafe als der Voraussetzungen der Strafbarkeit überhaupt mit dem Volksrechtsbewußtsein, ferner Uebereinstimmung der Lebensregel und der als ihr Zubehör geltenden Strafregel, endlich Geltung des Rechts, nemlich Uebereinstimmung der Handlungen der Menschen mit dem Gesetz. Dagegen haben alle diese Ausdrücke mit dem Inhalt der Lebensregel nichts gemein, sie deuten ihn nicht an, mit Ausnahme der Worte gut und bös, die indessen ebenfalls nur das Ziel, nicht die Art und Weise zu ihm zu gelangen, angeben.

Hat man eine Lebensregel, so kann eine zweite nöthig sein, um die Herrschaft der erstern zu sichern, und eine dritte der zweiten wegen u. s. w., und es entsteht der Unterschied von Endzwecken und Mittelzwecken.

Alle diese Lebensregeln haben aber nur Ein Endziel, und die gleiche Entstehungsweise.

Wodurch sich ein Volk vorzugsweise befriedigen wird, ist Sache seines besondern Geistes. Ruhm, Ehre, Macht und Herrschaft u. s. w. können dieses eben so sehr sein, als Frömmigkeit und Schönheit. Je nach der Art des besonderen Geistes wird

Digitized by Google

das Volk bald einen starken Staat, bald Religion, Wissenschaft, Kunst oder Reichthum zum Mittelpunkt seiner Thätigkeit machen, und seine Lebensregeln diesem Ziel entsprechend gestalten. Das Endziel ist selbstverständlich die Befriedigung, welche den einzelnen Gliedern des Volks aus diesem Streben erwächst.

§. 3.

Die Bildung der Lebensregeln.

Die Bildung der Lebensregel oder des Volksurtheils über das zweckmäßigste Verhalten der Menschen durchlauft drei Stadien: das Empfinden des Bedürfnisses nach einer Regel, die Vorschläge zu der Regel und die Volksdiskussion darüber, das endliche Volksurtheil. Die Möglichkeit eines Volksbedürfnisses, wie einer Volksansicht, ist durch Gleichheit im Empfinden und Denken der einzelnen Glieder des Volks bedingt, denn nur gleiche Ursachen erzeugen gleiche Wirkungen. Der Geist der Volksglieder wird auch fast stets ein bestimmt gearteter, und somit bei jedem Volk ein Volksgeist vorhanden sein. Soweit der Geist der verschiedenen Völker gleich ist, werden die Lebensregeln dieser Völker gleichen Inhalt haben. Selten jedoch wird durch letzteren der ganze Inhalt der Regel erschöpft, sondern meist neben dem humanen Bestandtheil auch ein nationaler vorhanden sein.

Das Volksbedürfniß nach einer Lebensregel entsteigt den konkreten Uebeln, niemals den blos als möglich gedachten. Es ist das bereits erfahrene Böse, dessen Wiederholung man zu beseitigen wünscht, und es bedarf einer großen Zahl einzelner Fälle des Bösen, bevor im ganzen Volk das Gefühl der Unzureichendheit des gegenwärtigen Zustandes und der Wunsch einer Aenderung entsteht, und somit auch eines längeren Zeitraums, welcher das Vorkommen der konkreten Fälle und die Ausbreitung der Kenntniß derselben unter dem ganzen Volk ermöglicht.

Die Volksdiskussion oder das Gesammtdenken der Glieder eines Volks über eine den Mißstand beseitigende Lebensregel

Digitized by Google

wird eingeleitet durch Vorschläge Einzelner. Es erfolgt nun eine gegenseitige Mittheilung der Gedanken der Einzelnen, und ein fortgesetztes Corrigiren derselben durch die Erfahrungen der Anderen. Allmälig werden alle möglicherweise in Betracht kommenden Interessen in den Kreis der Erörterung gezogen, Nutzen und Schaden einer Regel gegen einander abgewogen. Darüber geht wieder eine längere Zeit hin, innerhalb der ein Wechsel der Generationen stattfindet.

Hat die Regel endlich eine Gestalt gewonnen, in der sie allgemein für befriedigend gilt, dann ist das Volksurtheil über die beste Art und Weise das Uebel durch eine Regel des gegenseitigen Verhaltens zu beseitigen fertig. — Daß dieses Urtheil reifer ist als das eines Einzelnen, daß die Volksweisheit die Weisheit des Einzelnen unendlich überflügelt, leuchtet ein. —

Dieses allmälige Werden der Volksansicht und der Lebensregel, wie sie dem Volk zusagt, ist das was man die organische Entwickelung nennt. Gleich einem lebendigen Wesen oder einer Pflanze keimt, entwickelt sich, und reift der Volksgedanke im Geist des Volks; aber er verwelkt auch und geht unter, um neuen Gebilden Platz zu machen und zur Grundlage der Entwickelung zu dienen, wie die Pflanze.

Wer die Regel erdacht hat weiß Niemand, es hat sie kein Einzelner erfunden. Jeder Einzelne für sich betrachtet hat so geringen Antheil an Bildung der Lebensregel, ist so überwiegend passiv dabei, daß es scheinen kann, als wäre überhaupt keiner aktiv gewesen, und die Lebensregel durch andere als menschliche Thätigkeit hervorgerufen.

§. 4.

Der Uebergang der Lebensregeln ins allgemeine Bewußtsein.

Das Volksurtheil ist fertig, die Lebensregel ausgebildet, es ruht die Diskussion. Die Momente, welche die Anregung zum Bilden der Regel gaben, nemlich die Uebel, sind durch das

Digitized by Google

Leben nach der Regel beseitigt und treten eben so wie die Volksdiskussion in der Erinnerung der Menschen zurück. Die Wirkung bleibt, die Regel lebt fort von Geschlecht zu Geschlecht, und beherrscht die Gemüther, die Ursache ist vergessen. Es gilt das um so mehr, je *älter* die Lebensregel ist, je allgemeiner sie herrscht, je mehr sie als eine nothwendige erscheint, deren Sein oder Nichtsein gar nicht in Frage kommen kann, z. B. das Verbot der Tödtung oder Körperverletzung, das Eigenthum und das Verbot seiner Verletzung, die Ehe und das Verbot sie zu brechen, die Geltung der Verträge. — Der Einzelne weiß um die Lebensregeln, weiß was sittlich und unsittlich, recht und unrecht ist, aber er weiß nicht wie die Regel entstanden, nicht durch wen und zu welchem Zweck sie ins Leben getreteten ist, er *glaubt* aber an sie.

Es ist mit der Sittlichkeit und dem Recht gerade wie mit den Sitten und Gebräuchen und der Sprache. Auch sie entstehen durch das gemeinschaftliche Denken der Volksglieder zur Befriedigung allgemein gefühlter Bedürfnisse. Sittlichkeit und Sitten haben sogar eine sehr schwankende Grenze, und spielen in einander über, wie uns z. B. noch heut der Judaismus zur Genüge zeigt.

§. 5.

Verhältniß des Rechts zur Sittlichkeit.

Das Recht im engeren Sinn umfaßt nur einen Theil der sittlichen Lebensregeln, und es characterisiren sich die Rechtsregeln durch das Volksurtheil, daß ihre Befolgung *erzwungen* werden müsse, also daß Zwang zum Handeln nach der Regel zur Förderung der Wohlfahrt der Einzelnen angemessen sei. Sind Rechtsregeln diejenigen Lebensregeln, deren Befolgung erzwungen werden soll, so kommt mithin zu der ersten Regel, der blos sittlichen, eine zweite, daß zu zwingen sei, und letztere entsteht gerade wie die erstere und durchlauft die nemlichen Stadien. Enthält das positive Recht Regeln, deren Befolgung nach dem Volksurtheil *nicht* erzwungen werden soll, dann hat es seinen Beruf über-

Digitized by Google

schritten, und fehlen ihm Regeln, deren Befolgung nach der Volksansicht zu erzwingen ist, dann bleibt es hinter seinem Beruf zurück. Die bei weitem meisten Rechts-Lebensregeln haben Verbote zum Gegenstand, und es wird eine Pflicht zum positiven Thun erst dann angenommen, wenn Jemand eine derartige Thätigkeit versprochen hat.

Was nun die Strafe anlangt, so giebt es keine selbstständige Strafregel, vielmehr stellt sich die Lebensregel, daß Jemand Strafe zu leiden schuldig sei, das Volksurtheil, daß durch das Erleiden der Strafe das menschliche Wohlsein gefördert werde, stets als Zubehör einer anderen Lebensregel dar, und zwar so, daß der Strafe erleiden soll, welcher diese Lebensregel unbefolgt läßt. Das Wissen um die durch das Gesammtdenken der Volksglieder entstandenen Strafregeln ist das Straf-Rechtsbewußtsein.

Daß die Lebensregeln einen perennirenden, nie zu Ende erreicht werdenden Zweck haben, von einem nur auf diesen oder jenen Moment der Zeit berechneten Nutzen der Regel keine Rede sein kann, ist eben so einleuchtend, als daß die Pflicht zum Handeln nach der Lebensregel von einem aus der konkreten That entstehenden Nutzen für diesen oder jenen nicht abhängt. Dagegen wird man den Uebergang einer Lebensregel ins allgemeine Bewußtsein der Volksglieder als ein sicheres Merkmal der Angemessenheit dieser Regel für dieses Volk anzusehen haben.

Es liegt mir nunmehr ob, zu zeigen, daß sich die sittlichen und rechtlichen Erscheinungen aus der bisher erörterten Hypothese erklären lassen.

§. 6.

Der Namen.

Die nächste Wirkung eines Gedankens ist die Wahl eines entsprechenden Ausdrucks für ihn. Das Volk oder der Genius der Sprache müßte sich aber völlig im Ausdruck vergriffen haben, wären die höchsten Lebensregeln nicht zum Wohl der Menschen

Digitized by Google

und durch sie entstanden. Sittlich und unsittlich wird mit demselben Wort bezeichnet, wie nützlich und schädlich, nemlich mit gut und bös, und die Summe der Lebensregeln selbst mit dem nemlichen Ausdruck, der sonst für Normen gebraucht wird, die unzweifelhaft der menschlichen Thätigkeit ihren Ursprung verdanken; nemlich die Sitten. Jene Ausdrücke weisen auf den Zweck der Regel, diese auf deren Entstehungsweise hin. Nach meiner Annahme sind die erwähnten Ausdrücke erklärbar, nach jeder anderen unerklärbar.

§. 7.

Die Vernunft.

Das Organ, mittelst dessen der Mensch um das Gute und Böse, Rechte und Unrechte weiß, heißt die Vernunft. Aber der Einzelne macht mit diesem Werkzeug nicht die Lebensregeln, sondern erhält von ihnen durch dasselbe nur Kunde. Die Vernunft ist das Höchste im Menschen, der er folgen soll. Ist meine Ansicht über die Entstehung der Sittlichkeit und des Rechts die richtige, alsdann bedarf es zur Erklärung der Vernunft nicht der Annahme einer vom menschlichen Denkvermögen überhaupt unterschiedenen Kraft, sondern die Vernunft ist eben das Denkvermögen als Wissen um die Volksansicht, um das Allgemeine, sie ist das allgemeine Bewußtsein. Dieses Wissen kommt Jedem zu, der unter dem Volk lebt und an dessen geistigen Verkehr Antheil nimmt, also hat jeder Mensch Vernunft. — Am geistigen Verkehr betheiligen sich aber noch nicht die unmündigen Kinder, bei ihnen ist die Vernunft noch nicht entwickelt, sie wissen noch nicht um Gutes und Böses, d. h. es sind ihnen die vom Volk erzeugten Lebensregeln noch fremd, wie ihnen die Sprache ebenfalls erst allmälig bekannt wird. Gleich wie diese und fast gleichzeitig lernen sie aber die Lebensregeln kennen und kommen damit zu Vernunft. Bevor dieses der Fall sind sie nicht zurechnungsfähig, es wird ihnen eine der Lebensregel widersprechende Handlung

Digitized by Google

nicht zur Schuld zugerechnet, sie befinden sich vielmehr noch im Zustand der Unschuld. Umgekehrt wird aber auch der zu den Jahren gekommene Mensch, abgesehen von besonderen Umständen, nicht mit dem Einwand gehört, es sei ihm unbekannt gewesen, was gut und bös, recht und unrecht, strafbar und straflos wäre, vielmehr angenommen, daß ihm alles dieses seine Vernunft gesagt habe.

Wie den unmündigen Kindern ergeht es allen denen, die getrennt von den Menschen aufwachsen; sie haben keine Vernunft, sie wissen nicht um Gutes und Böses.

Die Vernunft steht höher als der Verstand des Einzelnen und die von diesem angegebenen Gründe, das heißt: das Volksurtheil ist weiser als das Urtheil des Einzelnen für sich. In diesem Bewußtsein unterwirft auch der Einzelne sein Verstandsurtheil seiner Vernunft, fühlt sich von dieser abhängig, die Vernunft ist ihm Autorität. Er glaubt nicht deshalb an einen Satz, weil er auf seiner durch Gründe gestützten Ueberzeugung beruht, sondern sein Glaube ist Autoritätsglaube. Man kann Jemand alle Gründe, die er für einen Vernunftsatz aufstellt, widerlegen, ohne damit nur im Mindesten den Glauben an die Richtigkeit des Satzes zu erschüttern, weil ja dieser Glaube auf den angeführten Gründen gar nicht beruht. Darum ist auch die Belehrung der Vernunft des Einen durch die Vernunft des Anderen geradezu unmöglich. Weil der Einzelne die Entstehung seines Vernunftsatzes nicht kennt, so hält er ihn auch für absolut wahr. Er schreibt Jedermann Vernunft zu, und wenn ein Anderer anderer Ansicht ist als er und sich zum Beleg der Richtigkeit derselben ebenfalls auf seine Vernunft beruft, so hält er das für Heuchelei oder für ein Selbstverstocken gegen die Stimme der Vernunft. Daher die Erscheinung, wie sich die Gegner in Lebensanschauungen fast niemals auch nur die Gerechtigkeiten widerfahren lassen, daß beide es mit ihren Behauptungen ehrlich meinten. Von selbst versteht es sich, daß der Eine die Ansicht

Digitized by Google

des Anderen für falsch hält, und ihm die Richtigkeit der gegnerischen Meinung unmöglich erscheint. Er weiß nicht, daß das Volksurtheil über Schädliches und Nützliches sich ändert, und darum heut für vernünftig gelten kann, was man früher für unvernünftig ansah. Hiermit zusammen hängt die Erscheinung, daß die großen Denker in der Regel von ihren Zeitgenossen verketzert und nicht anerkannt werden, vielmehr ihnen erst von den kommenden Generationen Gerechtigkeit zu Theil wird. Ihr Bewußtsein ist das voraus weggenommene Bewußtsein einer späteren Zeit, und daß sie es wagten ihre Einzelüberzeugung der Vernunft ihrer Zeit entgegenzustellen, daß sie an die Stelle der Autorität der Vernunft ihr Sonderbewußtsein setzten, ihr Verbrechen. Es leuchtet auch ein, daß die Gegenwart die ihr widerstrebende Ansicht des Denkers nicht blos für unvernünftig und unsittlich, sondern auch für schädlich und das allgemeine Wohl gefährdend hält, und darum der Ausbreitung derselben entgegenwirkt. Man behandelt denjenigen, welcher seine Ueberzeugung der des Volks entgegensetzt, gerade so wie den, welcher sein besonderes Interesse dem des Volks gegenüber stellt, nemlich als einen Verbrecher. —

Andererseits liegt die Erscheinung vor, daß das Volksurtheil selbst dann noch über den Einzelnen eine Macht ist, wenn er nicht mehr oder noch nicht an die Wahrheit desselben glaubt.

Diese Macht erweißt sich darin, daß sich der Einzelne meist scheut seine dem allgemeinen Bewußtsein entgegengesetzte Ansicht öffentlich zu bekennen, und darum sich jenem wenigstens äußerlich akkomodirt. Es ist dieses auch eine Forderung des Volksbewußtseins selbst: es verlangt von Jedermann wenigstens äußerlich respektirt zu werden.

Redet man von Vernunft als Menschenwitz und Klugheit dann meint man nicht die Vernunft im obigen Sinn, sondern den Einzelverstand, und nimmt an: der Mensch beabsichtige aus sich heraus mit seinem Denkvermögen die Sittlichkeit und das

Digitized by Google

Recht zu erdenken. Die Vernunft hört dann auf die Stimme zu sein, welche von einem außerhalb des Einzelnen Seienden Kunde giebt, und wird zu einem Erzeugenden.

Man spricht auch zuweilen von der gesunden Vernunft und setzt ihr namentlich die Schulweisheit entgegen. Jene ist die Vernunft, welcher noch nicht des Gedankens Bläße angekränkelt worden ist, die unvermittelt das Volksurtheil über Gutes und Böses, Rechtes und Unrechtes wieder giebt. Vom Nachdenken dagegen glaubt man annehmen zu müssen, daß es die Vernunft verdüstere, indem es bewirke, daß der Mensch sein Denken und sein Urtheil an die Stelle der Vernunft, also des Volksurtheils setze. Als eine Parodie auf die Entstehung des Rechts durch das Gesammtdenken des Volks ist es jedoch anzusehen, wenn man sich, um das im Rechtsbewußtsein des Volks lebende Recht zu erfahren, an die ungebildete Menge glaubt wenden zu müssen, und um so eher die Wahrheit zu erfahren hofft, je gedankenloser die sind, von denen man Auskunft erwartet.

§. 8.

Das Gewissen und das Rechtsgefühl.

Der Mensch weiß aber nicht blos mittelst seines Denkvermögens um das Gute und Böse, Rechte und Unrechte, sondern auch mittelst seines Gefühlvermögens: er fühlt ob eine Handlung gut oder bös, recht oder unrecht ist. Dieses Gefühl ist das Sittlichkeits- und Rechtsgefühl einerseits, das Gewissen und die sittliche Entrüstung andererseits. Ist das Sittliche das Volksurtheil über Nützliches und Schädliches, und die Vernunft das Organ, um dieses Volksurtheil zu wissen, so wird das Sittlichkeits- und Rechtsgefühl das Gefühlsvermögen des Menschen überhaupt in der Richtung auf Uebereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit den sittlichen Lebensregeln sein, und die Annahme eines besonderen Gefühlsorgans im Menschen, welches von Sittlichkeit und Recht Zeugniß giebt, ent-

Digitized by Google

behrlich. Das Gefühl hat überall die Eigenthümlichkeit, daß es nur in Anwendungsfällen thätig wird, und sich regt. Nehmen wir eine mit unserem Sittlichkeits- und Rechtsbewußtsein harmonirende Handlung wahr, so empfinden wir Behagen, bei einer gegentheiligen Handlung aber Mißbehagen, und diese letztere Empfindung steigert sich in dem Maas, in welchem die Kluft zwischen der Lebensregel und der einzelnen Handlung sich erweitert. Ist die disharmonirende Handlung die eines dritten, so erscheint unser Rechtsgefühl verletzt und es entsteht sittliche Entrüstung, eine dem Zorn ähnliche Empfindung, welche sich von letzterem nur dadurch unterscheidet, daß es sich bei ihr nicht, wie beim Zorn im gewöhnlichen Sinn, um unser verletztes Selbst, sondern um Verletzung der Sittlichkeit handelt. Begehen wir dagegen selbst eine mit unserer Vernunft im Widerspruch stehende Handlung, alsdann verletzen wir unser Gewissen und die daraus hervorgehende Gefühlsmißstimmung heißt das böse Gewissen, während wir bei einer sittlichen oder guten Handlung ein gutes Gewissen, Gewissensruhe, Friede mit unserem besserm Selbst, haben. Das Gewissen ist also nicht blos das Bewußtsein gut oder bös gehandelt zu haben, sondern das auf unser Gefühlsvermögen wirkende Bewußtsein oder Wissen.

Das Gewissen kann schlummern und geweckt werden. Es schlummert, wenn entweder der Handelnde seine That falsch beurtheilt, oder wenn die Wirkung des Bewußtseins auf das Gefühlsvermögen durch Gewöhnung an unsittliche Handlungen abgestumpft worden ist. Das erscheint ebensowohl möglich, wie Abstumpfung des Mitleids durch öfters wiederholte Vornahme schmerzerregender Handlungen, oder Mitansehen solcher. Das Gewissen wird geweckt, wenn man dem Handelnden die wahre Beschaffenheit seiner That aufzeigt, indem man den Schleier, den er um dieselbe aus Sophistik gewebt, zerreißt, oder wenn man ihn der unsittlichen Handlungsweise entwöhnt. Im erstern Fall

Digitized by Google

ist er zur Selbsterkenntniß gebracht, im letzteren von der Gefühllosigkeit geheilt worden.

Uebrigens ist es eine bekannte Erfahrung, daß die Beurtheilung des sittlichen Werthes seiner eigenen Handlung viel schwieriger ist, als die einer fremden. Es mag das daher kommen eines Theils, daß der Entschluß zur That sehr allmälig reift, und es dem eigenen Denken schwer fällt sich diese einzelnen Momente des Werdens als ein Ganzes gegenüber zu stellen, anderes Theils daß der Wunsch, die Handlung möge keine unsittliche sein, das Urtheil befangen macht. Die Menschen glauben oft ihre That entschuldigt zu haben, wenn sie die Ursachen angegeben, welche jene erzeugten.

Man hat gesagt, daß im Gefühl die Wahrheit stecke, der Verstand aber dem Irrthum unterworfen sei. Es ist das vollkommen richtig, insofern es sich um das Sittlichkeits- und Rechtsgefühl, also um Accessorien der Vernunft und damit des Volksurtheils einerseits, und um das Einzeldenken andererseits handelt. Das Gefühl in diesem Sinn weißt uns in demselben Maas eher auf die Wahrheit hin als der Verstand, wie die Volksweisheit die Einzelweisheit überragt. Falsch würde natürlich der Satz sein, meinte man mit dem Verstand das Denkvermögen überhaupt, also auch die Vernunft, oder dächte man an ein von der Vernunft unabhängiges Gefühl des Einzelnen, welches selbstverständlich nicht weiter reichen kann, als das Einzeldenken.

§. 9.

Verhältniß des Mittels zum Zweck.

Zweierlei steht fest: einmal, daß der Zweck nicht die Mittel heiligt, was nützlich darum noch nicht recht ist, das Recht, insbesondere die Strafe, nicht durch ihren Nutzen gerechtfertigt *)

*) Rechtfertigen heißt: nachweisen, daß etwas mit einem als Recht anerkannten Satz übereinstimmt.

Digitized by Google

wird; dann daß das Leben nach dem Sitten- und Rechtsgesetz, insbesondere auch die Anwendung des Strafgesetzes, den Nutzen zur Folge hat, und das allgemeine Wohl fördert. — Nach meiner Ansicht über Entstehung des Rechts sind diese, sich dem Anschein nach widersprechenden, Erscheinungen leicht erklärlich.

Nicht der Zweck heiligt das Mittel, sondern das Volksurtheil, daß dieses Mittel zur Beförderung des allgemeinen Wohls dienlich sei. Das Mittel muß, gleich dem Zweck, durch das Volksurtheil seine Weihe empfangen, es muß durch das Gesammtdenken des Volks erst festgestellt werden, daß dieses Mittel nicht blos dem bestimmten Zweck dient, sondern auch nicht den Endzweck gefährdet, vielmehr zu ihm hinführt. Durch die Volksbilligung wird das Mittel ein sittliches, vernünftiges, gerechtes, und es ist seine Anwendung gerechtfertigt. Der Einzelne, und wäre er noch so klug, erscheint dem Volk nicht als Autorität, und es läßt sich von ihm weder Sittlichkeit noch Recht machen. Bei dem Satz: „der Zweck heiligt nicht das Mittel", insbesondere: „der Nutzen rechtfertigt nicht die Strafe", hat man nun einleuchtend nicht den Nutzen überhaupt, sondern die Ansicht des Einzelnen über Nützlichkeit vor Augen. Es stehen sich die Einzeltheorie über die Nützlichkeit einer Regel und Volkstheorie gegenüber. Was jene nicht bewirkt, das bewirkt diese, nemlich daß aus dem Nutzen Recht wird. Ist nun die Sittlichkeit und das Recht die Volksansicht über das wahrhaft Nützliche, dann kann es nicht Wunder nehmen, sondern versteht sich von selbst, daß das allgemeine Wohl die Folge des Lebens nach Sittlichkeit und Recht ist. Unbegreiflich dagegen würde dieses Resultat sein, wenn Sittlichkeit und Recht nicht auf das allgemeine Wohl berechnet wären. Es würde dann eine Wirkung durch eine Ursache erzeugt, in deren Wesen es gar nicht läge, diese Wirkung hervorzubringen. Uebrigens fällt es in der That auch schwer nicht anzunehmen, daß die sittlichen Gebote: du sollst nicht tödten, du sollst nicht stehlen, du sollst nicht verleumden, du sollst nicht ehebrechen, du

Digitized by Google

sollst Almosen an die Armen geben u. s. w., auf das Wohl desjenigen, der nicht getödtet werden ꝛc. und der Almosen empfangen soll, berechnet sein. Und fragt man: wonach richtet sich denn die Größe der Unsittlichkeit? so erhält man überall zur Antwort: nach dem Umfang ihrer Schädlichkeit. — Es ist ein ganz allgemein angenommener Satz, daß eine Handlung um so unsittlicher sei, je mehr sie das Fundament alles menschlichen Glücks untergrabe. Nimmt man das Maas der Unsittlichkeit nach ihrer Schädlichkeit weg, dann giebt es gar keine Grade der Unsittlichkeit in objektiver Hinsicht, es ist vielmehr die Uebertretung jedes Sittengesetzes gleichmäßig unsittlich.

Man hat gesagt: „wahrhaft nützlich ist nur die gerechte Strafe." Der Satz ist zwar vollkommen richtig, allein man hat unterlassen den Grund dieser Erscheinung anzugeben, daß nemlich die Gerechtigkeit das Adäquatsein der Strafe mit der aus dem Gesammtdenken des Volks entsprungenen Lebensregel bedeutet, und die Lebensregel selbst nichts weiter ist als die Volksansicht über das nützlichste Verhalten der Menschen gegeneinander.

Andererseits ist die Ansicht aufgestellt worden, der Einzelne müsse bei Anwendung des Rechts noch nebenher für den Nutzen besorgt sein, weil das Recht nicht auf Hervorbringung des Nützlichen gehe. Es würde das weiter nichts heißen als: die Volksweisheit durch die Einzelweisheit korrigiren, zu dem was nach dem Gesammtdenken des Volks nützlich ist, noch das fügen, was man als Einzelner für nützlich hält, zur sittlichen Lebensregel auch noch eine „nützliche."

§. 10.

Die Pflicht zur sittlichen Vervollkommnung.

Es liegt die sittliche Forderung vor, daß jeder sich sittlich vervollkommene und diese Vervollkommnung zum Ziel seines Strebens mache. Die sittliche Vollkommenheit wird in der Virtuosität bestehen, alle sittlichen Pflichten in jeder Lage erfüllen zu können,

Digitized by Google

oder in der vollkommenen Herrschaft der Vernunft im Menschen. Ist die Vernunft das Wissen um das Volksurtheil über Gutes und Böses, und das Ziel der Lebensregeln das Glück der Menschen, so hat die sittliche Vervollkommnung den Zweck, die Erreichung des Endziels der Sittlichkeit zu ermöglichen, ist ein Mittel zur Erreichung des Endzwecks: Befriedigung der Menschen. Alle Lebensregeln über gegenseitiges Verhalten wären nutzlos, sicherte man nicht zugleich die Befolgung derselben. Die sittliche Vervollkommnung ist mithin in erster Linie nicht auf den sich vervollkommenden, sondern auf die Anderen berechnet. Dagegen wird die sittliche Vervollkommnung in zweiter Linie zugleich auch zum Mittel der Befriedigung des vollkommenen sittlichen Menschen, und es trägt somit die Sittlichkeit in doppelter Hinsicht zur Förderung des menschlichen Glücks bei.

Die sittliche Vervollkommnung ist hiernach nicht Endzweck der Menschen, sondern Mittelzweck. Nimmt man sie als Endzweck, so drängt sich immer die Frage auf: aber wozu, zu welchem Ende dieser Zweck? — Dem Idealist liegt freilich die Antwort nahe: der Mensch hat sich sittlich zu vervollkommenen, um der Sittlichkeit als Endzweck dienen zu können. — Der Erfolg der sittlichen Vervollkommnung und des sittlichen Handelns bleibt allerdings in allen Fällen derselbe, mag man die Sittlichkeit als Selbstzweck, oder als Mittel für den Menschenzweck ansehen; es wird stets dadurch das Wohl des Handelnden und der Anderen gefördert, weil eine in Bewegung gesetzte Ursache dieselben Wirkungen hervorbringt, mag das Hervorbringen derselben Absicht und Zweck sein oder nicht. Nur das bleibt innerhalb des Idealismus unerklärt, wie es kommt, daß die Tugend den Andern nützt, ungeachtet sie nicht auf deren Nutzen berechnet ist. Während es sich bei der Sittlichkeit darum handelt, daß der Mensch einfach die Volkslebensregeln befolgt, ohne darüber zu reflektiren, ob diese Befolgung auch nützt oder schadet, indem er sein Urtheil dem Volksurtheil unterzuordnen, und letz-

Digitized by Google

teres als Autorität anzuerkennen hat, so daß die Beurtheilung seiner Handlung als einer sittlichen oder unsittlichen, von dem guten oder bösen Zweck, den er zu erreichen dachte, und insbesondere auch vom Erfolg seiner Handlung, völlig unabhängig dasteht, und dieses für alle Menschen in allen Lebenslagen gilt, wird der Materialismus dieses formalen Moments entbehren, und den Werth einer Handlung allein nach der Absicht des Handelnden und dem Erfolg beurtheilen können.

Der Einzelne steht hier dem Einzelnen gegenüber und keiner hat Anspruch auf Autorität. Was ich für nützlich halte, das, von dem ich glaube, daß es das menschliche Wohl befördert, ist gut und das Gegentheil bös, und wenn der Andere anders über den Erfolg meiner Handlung urtheilt, so beweist das nichts weiter, als daß wir verschiedener Ansicht sind über die Wirkung einer bestimmten Ursache. Ob der Zweck ein guter sei, darüber wäre vielleicht eine Verständigung der Einzelnen denkbar, nicht aber über die Mittel, die zu diesem Zweck hinführen. Dem Einen würde z. B. Lug und Trug und Sophistik als ein ganz vortreffliches Mittel zur Erreichung des Zwecks erscheinen, dem Anderen nicht.

§. 11.

Die Politik.

Der Sittlichkeit und dem Recht stellt man die Politik gegenüber, und dem Verbrechen das Polizeivergehen. Nach meiner Auffassung ist das Ziel der sittlichen Lebensregeln kein anderes als das der polizeilichen, und der Unterschied beider nur der, daß sich die Sittlichkeit und das Recht auf das Gesammtdenken des Volks über Gutes und Böses stützt, die politischen oder polizeilichen Maßregeln dagegen dieses Moments entbehren, vielmehr sich auf das Einzeldenken über Schädliches und Nützliches gründen. Verbrechen sind also Handlungen, die das Volk für schädlich und strafbar hält, Polizeivergehen Handlungen, welche die Polizei und nicht das Volk für schädlich und strafbar ansieht.

Digitized by Google

Ueber Verbrechen belehrt uns unsere Vernunft; wer sie verübt empfindet Gewissensbisse und verletzt das Rechtsgefühl der Anderen, ruft auch deren sittliche Entrüstung wach. Ueber Polizeivergehen belehrt uns nur die Polizei selbst, wir verüben sie ohne Gewissensunruhe, und verletzen damit Niemands Rechtsgefühl. Um Verbrechen weiß jeder vermöge seiner Vernunft, um Polizeivergehen nur der, welchem die Polizeivorschrift bekannt gemacht worden ist. Verbrechen ist bei allen gebildeten Völkern so ziemlich dieselbe Handlung, Polizeivergehen ist an einen Ort etwas, was am andern völlig erlaubt erscheint. Verbrechen entehren, d. h. es erweißt sich der, welcher sie verübt als unsittlicher Mensch; daß Polizeivergehen die Sittlichkeitsehre entziehen, hat man noch niemals gehört. Man hat sich bemüht den Unterschied zwischen Verbrechen und Polizeivergehen darin zu finden, daß jene eine Verletzung subjektiver Rechte enthielten, diese aber nicht, sondern blos gefährliche Handlungen zum Gegenstand hätten. Es ist diese Unterscheidung völlig falsch; wir haben eine Reihe von Verbrechen, und zwar die allerschwersten, die nicht entfernt einer Verletzung subjektiver Rechte zu ihrem Thatbestand bedürfen, z. B. Blutschande, Sodomie, Blasphemie, Meineid, Fälschung, Ehebruch und Bigamie mit Zustimmung des anderen Ehegatten. Umgekehrt wird eine Verletzung subjektiver Rechte, welche nach dem Volksurtheil kein Verbrechen ist, noch lange nicht zu einem solchen, wenn sie die Polizei bei Strafe verbietet, z. B. Holz- und Wildentwendung, Zolldefraude.

Polizeivergehen können mit der Zeit zu Verbrechen werden, nemlich wenn die von der Polizei aufgestellte Lebensregel die Stadien durchlauft, deren die Bildung eines Volksurtheils in dem oben angegebenen Sinn bedarf; der Einzelgedanken geht dann in den Volksgedanken und ins allgemeine Bewußtsein über. Geschieht das nach Verlauf längerer Zeit nicht, oder wird gar die Polizeivorschrift vom Volk dauernd gehaßt, so erscheint das als ein sicheres Merkmal, daß die polizeiliche Lebensregel diesem

Digitized by Google

Volke nicht angemessen ist. Wird der Einzelne nach den Regeln seiner Vernunft behandelt, dann hat er das Bewußtsein, daß ihm sein Recht widerfährt, und er giebt sich zufrieden, sollte ihm auch die Behandlung wehe thun. Geschieht ihm dagegen in Folge bloßer Polizei-Lebensregeln etwas Unangenehmes, so wird er geneigt sein zu murren, und seinen Verstand dem Polizeiverstand, an dessen Ueberlegenheit er nicht glaubt, gegenüber zu stellen.

Daß die Zustimmung vieler Einzelner in der Gegenwart zu einer polizeilichen Lebensregel diese nicht zu einer sittlichen macht, ist nach meiner obigen Auseinandersetzung wohl eben so klar, als daß jederzeit neben den sittlichen und rechtlichen Lebensregeln solche hergelaufen, beziehungsweise jenen wegen ihrer beweglicheren Natur vorausgeeilt sind, die ihr Dasein dem Denken Einzelner über Schädliches und Nützliches verdanken.

§. 12.

Die Positivität des Rechts.

Die blos sittlichen Lebensregeln sind sofort mit ihrer Existenz im allgemeinen Bewußtsein positiv, d. h. sie gelten. Anders verhält es sich mit den rechtlichen Lebensregeln, sie bedürfen eines besonderen Uebergangs aus dem Rechtsbewußtsein ins positive oder geltende Recht. Es ist dieses selbst eine sittliche Forderung, also eine durch das Gesammtdenken entstandene Lebensregel. Dem Volk gilt es nicht für gut, sondern für schädlich, daß das im Rechtsbewußtsein gesetzte oder das materielle oder Vernunft- oder Naturrecht ohne weiteres geltendes Recht sei, obwohl das Rechtsbewußtsein mit den in ihm enthaltenen Sätzen das positive Recht kritisirt und fordert, daß seine Regeln ins positive Recht übergeleitet werden. Das Gesammtdenken des Volks schafft sich zum Zweck dieses Ueberleitens ein besonderes Organ, den Gesetzgeber. Dieser macht durch sein Gesetz nicht das Recht, sondern spricht das vorhandene nur aus, macht es zum positiven

Digitized by Google

Recht. Erfüllt er diese seine Aufgabe dauernd nicht, so entsteht ein Zwiespalt zwischen Rechtsbewußtsein und geltendem Recht, der damit zu enden pflegt, daß das Volk die Schranke, welche es sich selbst gesetzt hat, niederwirft und sein Rechtsbewußtsein, mit Verletzung seiner eignen sittlichen Lebensregel, daß der Gesetzgeber die Sätze des Rechtsbewußtseins ins geltende Recht überzuleiten hat, unmittelbar zum geltenden Recht macht.

Hieraus erhellt zugleich, daß zwar der Volksgeist das Recht erzeugt, aber nicht das positive Recht, sondern dessen Vorstufe, das Vernunftrecht, und ersteres nur mittelbar, insofern letzteres ins geltende Recht übergeht. Auch wird danach einleuchten, daß wenn es sich um Gewohnheitsrecht handelt, die Anwendung der Verhaltungsregel als Rechtsnorm, nicht blos ein Indizium oder Beweismittel für das Vorhandensein des Rechtssatzes, sondern das ganz nothwendige Mittel ist, ihn in das geltende Recht überzuleiten. So lange es an diesem Akt der Ueberleitung fehlt, ist der Satz kein positiver Rechtssatz, sollte er noch so deutlich als im Rechtsbewußtsein des Volks vorhanden erkennbar sein. Er ist das so wenig, wie das „Naturrecht" von dem man ebenfalls behauptet hat, daß es geltendes Recht sei. Die erstere Ansicht hat wenigstens das vor der letzteren voraus, daß jene die Entstehung der Volksüberzeugung auf geschichtlichem Weg nachweist, während diese die Vernunft einer bestimmten Zeit für das Vernünftige überhaupt hielt und dessen Ursprung vollständig verkannte.

Es versteht sich von selbst, daß die Gesetze geschichtlicher Entwickelung nicht blos für die Vergangenheit, sondern auch für die Gegenwart und die Zukunft gelten, obwohl es bei weitem schwieriger ist, aus dem chaotischen Treiben der Einzelnen in der Gegenwart den Volksgedanken zu erkennen, als wenn er uns als ein fertiger aus der Vergangenheit entgegentritt. Diese Schwierigkeit des Erkennens ist die Ursache der Meinung, als sei der Volksgeist in der Gegenwart impotent geworden, und als handele

Digitized by Google

es sich jetzt nur noch um das atomistische Denken Einzelner, das freilich dem Volksgeist der Vergangenheit gegenüber wenig genug Anspruch auf Beachtung hätte. Hierzu kommt noch der weitere geschichtliche Grund, daß man das Gesetz des Werdens des Rechts den gäng und gäben Vertragstheorien, wonach die Einzelnen das Recht durch einen Akt ihres freien Entschlusses machen, entgegenzusetzen, und damit der Moment der Freiheit oder die Wirksamkeit der Einzelnen in seine Schranken zurückzuweisen hatte. Es konnte kaum fehlen, daß man bei diesem Kampf den vom Gegner negirten Moment am schärfsten betonte, und daneben der zweite, die menschliche Aktivität beim Werden des Rechts, zu kurz kam.

Ist sodann das einem Volk angemessene Recht nur dasjenige, welches es selbst durch sein Gesammtdenken erzeugt hat, so ergiebt sich, daß eine Befriedigung des Volks beim Leben nach einem fremden Rechte geradezu undenkbar erscheint, jene vielmehr nur dann erfolgen kann, wenn das Volk selbst das fremde Recht durchdacht und für gut befunden und durch diesen Denkprozeß zu seinem eignen gemacht hat. Erfolgt diese Assimilation nicht, dann bleibt das fremde Recht für dieses Volk ein unvernünftiges und unbefriedigendes. Andererseits erweißt sich der Ungrund der Befürchtung als sei es möglich, daß ein Volk seinem Bedürfniß entsprechende, in das allgemeine Bewußtsein übergegangene, Lebensregeln z. B. das Eigenthum sich durch das Raisonnement Einzelner entreißen lasse. Dergleichen geht am Volksbewußtsein selbst ebenso spurlos vorüber, als das Rütteln eines Knaben an einem Eichbaume. Die Menschen halten zäh an den Sitten ihrer Väter, auch in der Gegenwart, fest, d. h. die Resultate des Gesammtdenkens des Volks zu dem Einer gehört, unter dem er lebt, machen den Inhalt seiner Vernunft aus, und beherrschen sein Leben, und er läßt sich den Glauben an diese Autorität nicht so leicht ausreden, als Mancher denkt. Der Einzelne verhält sich zu der Sittlichkeit und dem Recht, unter deren Herrschaft er aufgewachsen

Digitized by Google

ist, gerade so wie zu seiner Muttersprache, und er lernt fremdes Recht nicht anders wie fremde Sprachen: er hat beide nur im Kopf aber nicht im Herzen.

Was endlich die oft gehörte Behauptung anlangt, daß die Gerechtigkeitstheorie jedem positiven Strafrecht zu Grund liege, so ist sie insoweit wahr, als jedem positiven Strafrecht im wesentlichen die im Straf-Rechtsbewußtsein eines Volks enthaltenen Lebensregeln zur Unterlage dienen werden, jedoch völlig verkehrt, insofern darin die Ansicht ausgesprochen wird, als basire jedes positive Strafrecht auf die Strafrechtstheorie, welche man jetzt allein Gerechtigkeitstheorie nennt.

Man hat nun zuweilen vom Gesetzgeber behauptet, was von der Rechtserzeugung gilt, nemlich daß auch die Gesetze sich organisch bilden müßten und nicht gemacht werden dürften. Man glaubte demgemäs einen fertigen Volksgedanken nicht auf einmal, sondern allmälig ins positive Recht überleiten zu müssen. Es leuchtet das Irrthümliche dieser Auffassung ein. Das Gesetz ist stets eine freie That des Gesetzgebers, und es widerspricht dieses allmälige Gesetzmachen dem Rechtsbewußtsein gradezu, für das diese fortwährenden Abschlagszahlungen vielmehr eine wahrhafte Quälerei sind.

Für die Rechtswissenschaft ergiebt sich aus dem Bemerkten, daß sie theils das Wissen um die im allgemeinen Bewußtsein enthaltenen Rechtslebensregeln, theils das Wissen um das positive Recht ist. Dort wird sie zugleich die Entstehungsweise der Rechtsregeln zum Gegenstand haben, hier sich in Gesetzauslegung und Ziehung der logischen Folgerungen aus einem vorhandenen Gesetz ausbreiten. Ein Fortschritt der Rechtswissenschaft in letzterer Bedeutung kann lediglich auf besseres Verständniß geschichtlicher Zustände gerichtet sein, und hat mit dem der Positivität des Rechts nachfolgenden Fortschreiten des Volksgedankens auf der Grundlage des Volksbedürfnisses nichts gemein. Ja es fallen die Fortschritte in ersterer Beziehung und die in letzterer Hinsicht

Digitized by Google

in demselben Maas auseinander, ein um so größerer Zeitraum zwischen dem positiven Recht, um dessen Verständniß es sich handelt, und einer bestimmten Gegenwart liegt. Neben ihrem Ziel schießt die Rechtswissenschaft dann hin, wenn sie, statt dem Volksgedanken nachzugehen, selbst Recht aus Nützlichkeitsgründen erzeugen will, oder wenn sie sich, statt logische Folgerungen aus dem Gesetzten zu ziehen, darauf einläßt, vom Ziel des Gesetzes auf die Gesetzlichkeit der zu diesem Ziel hinführenden Mittel zu schließen.

Für das Gericht erhellt, daß ihm weder Rechtserzeugung, noch Fortbildung des Rechts, noch endlich die Hervorbringung irgend eines Nutzens, sondern lediglich Urtheilen nach dem positiven Recht obliegt. Das Gericht hat gar keinen andern Beruf als zu urtheilen, welche Partei nach dem positiven Recht berechtigt ist. Bindet man die Gerichte bei Gesetzen, die in verschiedenem Sinn ausgelegt worden sind, an die der ersten Entscheidung zu Grund gelegte Auslegungsweise oder das niedere Gericht an die Auslegungsweise des höheren, so hat dieses mit der Fortbildung des Rechts gar nichts gemein, sondern beabsichtigt lediglich dem Recht einigermaßen die Vorausbestimmtheit zu sichern, die ihm der Wortlaut des Gesetzes nicht gewährt. Wie einerseits das Gewohnheitsrecht auf dem Nochnichtgeschiedensein des Vernunftsrechts und des positiven Rechts im Bewußtsein der Einzelnen beruht, so daß diese nach den blos erst im Rechtsbewußtsein gesetzten Regeln leben, in der Meinung sie seien bindende Rechtsnormen für sie, und diese Art der Entstehung des positiven Rechts in demselben Maas abnimmt, als das Bewußtsein der Differenz zwischen Vernunftrecht und positivem Recht sich entwickelt, so bildet sich das Bedürfniß nach Harmonie zwischen Vernunft- und positivem Recht andererseits eine neue Form des Ueberleitens des einen in das andere, wenn die gesetzgebende Gewalt diesen Akt dauernd verzögert, in der Praxis. Die Gerichte nemlich wenden unbekümmert um die noch

Digitized by Google

nicht erfolgte Sanction der gesetzgebenden Gewalt, die schon längere Zeit im Rechtsbewußtsein vorhandenen Sätze bei der Entscheidung von Rechtsfällen an. Es erleichtert ihnen die Bewußtlosigkeit über die Differenz zwischen Vernunft- und positivem Recht diesen Akt, und es wird ebenso wie beim Gewohnheitsrecht hintennach die Ueberleitung des Vernunftrechts in das positive Recht als geschehen angenommen.

Auch Beccaria*) stellt dem Recht den Nutzen entgegen. Darunter versteht er aber nicht etwa, daß das Recht nutzlos, sondern, daß der das Recht anwendende Richter nicht berufen sei, sich bei der Art der Anwendung, insbesondere beim Finden der Größe und Art der Strafe, von einer Nützlichkeitsrücksicht leiten zu lassen. — Die Ereignisse seiner Zeit mochten ihm wohl zureichenden Grund gegeben haben, diesen Satz besonders scharf zu betonen.

§. 13.

Die Umgestaltung der Sittlichkeit und des Rechts.

Die Fundamentalregeln über das gegenseitige Verhalten der Menschen bleiben und sind bei allen gebildeten Völkern so ziemlich dieselben. Anders verhält es sich mit den zur Ausführung des Baues bestimmten Regeln; sie sind dem Wechsel unterworfen, und dieser ist durch veränderte Bedürfnisse und Entwickelung des Denkvermögens bedingt.

Dem Gedanken an eine Aenderung einer Lebensregel geht die Empfindung der Unbehaglichkeit des gegenwärtigen Zustandes voraus, und es pflegt der Mißstand zunächst auf die Personen geschoben zu werden, welchen die Vollziehung der Lebensregel obliegt; man sieht die Quelle des Uebels noch nicht in der Institution, sondern in der nicht gehörigen Verwendung derselben, im Mißbrauch, und sucht diesem durch Maßregeln vorzubeugen. Diese Periode charakterisirt sich durch das Mißtrauen in den guten Willen der öffentlichen Organe.

*) Ueber Verbrechen und Strafen.

Digitized by Google

Ergiebt sich die Unzulänglichkeit dieses Hilfsmittels, alsdann entsteht der Gedanke an eine Aenderung der Lebensregel selbst. Er taucht zunächst bei denjenigen Volksschichten auf, die am unmittelbarsten unter der bisherigen Regel leiden, und verbreitet sich von da auf die Bestandtheile des Volks, welche überhaupt am geistigen Leben des Volks den regsten Antheil nehmen, die in der Verstandsbildung Vorgeschrittenen, bis nach und nach alle Volksglieder von ihm erfaßt werden. Umgekehrt halten diejenigen an der alten Lebensregel am festesten und lehnen sich gegen eine Aenderung derselben auf, welche nicht nur nicht den Druck derselben, sondern Befriedigung aus ihr empfinden.

Während nun die erste Abtheilung die Vergangenheit in den schwärzesten Farben sieht, und sich überschwängliche Erwartungen von einer Aenderung der Lebensregel macht, wird die zweite Abtheilung die Vergangenheit idealisiren, und von den Wirkungen der veränderten Lebensregel nur die schädlichen sehen. Auch versteht es sich nach den obigen Andeutungen von selbst, daß jede Partei die Sittlichkeit und das Recht auf ihrer Seite zu haben behauptet, und ihrem Gegner nicht einmal subjektive, geschweige denn objektive Gerechtigkeit widerfahren läßt. Jede setzt ihr allgemeines Bewußtsein auch als beim andern vorhanden voraus, und meint nun, dieser handele gegen sein eignes allgemeines Bewußtsein oder verstocke sich wenigstens dagegen. Auch tadelt man dasselbe Mittel beim Gegner, was man für seine eigenen Zwecke als vortrefflich ansieht, blos weil man der Ueberzeugung lebt, daß man selbst es für einen guten Zweck verwende, während es der Andere für einen bösen Zweck gebrauche *). Ferner führt die Meinung, die absolute Wahrheit zu besitzen, nothwendig zur

*) Z. B. E. Henke in seiner Geschichte des deutschen peinlichen Rechts II, S. 305 billigt es vollkommen, daß die Richter willkührlich, d. h. in Abweichung vom bestehenden Gesetz, aus Humanität nicht mehr auf qualifizirte Todesstrafen erkannten, aber daß sie aus demselben Grund alle Todesstrafen weg deuteten, ist ihm „heillose Willkühr."

Digitized by Google

Intoleranz, da keiner es für vernünftig halten kann, das Unwahre, Schlechte zu toleriren. Die Toleranz ist eben nichts weiter als eine Folge des Erfahrungssatzes, daß jeder Mensch dem Irrthum unterworfen ist, und darum seine Ansicht, wenn er auch noch so fest von deren Richtigkeit überzeugt ist, dennoch irrig, und die des widersprechenden Anderen die richtige sein kann. Endlich verleitet die Vorstellung, daß die eigene Ueberzeugung die aller Zeiten und aller Menschen sei, dazu, sie in das Positive hineinzulegen, also den Sinn darin zu finden, den man in sich selbst hat. Daher kommt es, daß jede Partei in einer geschichtlichen Urkunde allemal ihre eigene Ansicht oder wenigstens das, was sich dieser nähert, wiederfindet, ohne daß man ihr die Absicht der Verdrehung unterlegen kann.

Die dem empfundenen Mißstand wirklich abhelfende Lebensregel bildet sich, wie oben bemerkt, erst nach längerer Zeit aus; es bedarf das Volk Jahrhunderte, um mit seinem Urtheil fertig zu werden, und eine ihm vollkommene adäquate Lebensregel zu schaffen. Aber dieser Bildungsprozeß geht nicht blos theoretisch, sondern auch praktisch vor sich, d. h. es werden die unfertigen Volksgedanken realisirt, und beherrschen das Leben, insbesondere werden sie zum positiven Recht. Die nothwendige Folge davon ist ein innerer Widerspruch in der Lebensregel. Es ragen in dieselbe die Consequenzen der alten Lebensregel hinein, und es sind die Consequenzen des neuen Grundsatzes nur zum Theil gezogen. Indem sich nun die Doktrin oder Schule dieses Stoffs bemächtigt, wird sie ihrem Wesen nach behaupten und zu beweisen suchen, daß dieser Zustand der Halbheit der vernünftige und möglichst beste sei, und so bleiben müsse. Gleichwohl folgt sie unwiderstehlich dem Leben nach, und führt diesen Beweis der Vortrefflichkeit des gerade Geltenden immer von Neuem für eine andere Lebenserscheinung.

Der weitere Verlauf ist, daß sich die Quantität derer, welche der neuen Lebensregel huldigen, fortwährend vermehrt, die Conse-

Digitized by Google

quenzen des alten Grundsatzes immer mehr verschwinden, und die Consequenzen des neuen immer weiter und schärfer gezogen werden. — Hat der neue Gedanke vollständig gesiegt, ist er fertig gedacht, dann geht er als sittliche Lebensregel ins allgemeine Bewußtsein über, und herrscht so lange unangefochten, bis er dem Bedürfniß nicht mehr genügt und ein neuer Entwickelungsprozeß beginnt.

§. 14.

Das Motiv für den Einzelnen zum sittlichen Verhalten.

Der Einzelne soll nach der Lebensregel, soll sittlich und rechtlich handeln. Aber was bewegt ihn, diese Pflicht zu erfüllen? Wir dürfen annehmen, daß es derselbe Trieb ist, welcher ihn zur Aufstellung von Lebensregeln vermochte, der Trieb sich zu befriedigen, glücklich zu sein. Die Befriedigung in höchster Potenz ist die Seligkeit, wie sie die Religion verheißt. Es folgt derjenige der sittlichen Lebensregel, welcher das Handeln nach ihr für das Beßte für ihn hält, und es verletzt sie derjenige, welcher das Gegentheil glaubt, sei es, daß er keinen Sinn für Sittlichkeit und Recht hat, oder daß sein besonderer Trieb übermächtig ist, oder daß er die Nachtheile zu vermeiden hofft, welche sich an ein unvernünftiges Handeln knüpfen. Dieser Satz findet auch dann in vollem Maas seine Anwendung, wenn Einer im Dienst der Sittlichkeit alle Freuden des Lebens und dieses selbst opfert. Es ist ihm lieber, befriedigt ihn mehr, sein Leben hinzugeben, als es mit Verletzung der sittlichen Pflichten zu erhalten. Mit Recht hat man gesagt: die Hingabe des Ichs an die Welt könne nie ohne Selbstbefriedigung vollzogen werden, es tauche in der scheinbaren Unterordnung des Ichs unter die Welt das Ich immer wieder auf. — Liegt dieses stete Auftauchen des Ichs im Wesen des Menschen, ist es nicht etwa blos eine eudämonistische Theorie, die man beliebig gemacht hat, so wird es auch unter allen Umständen, selbst dann wenn man Sittlichkeit und Recht vom Menschenwohl lostrennt oder den Mensch überhaupt in einem

Digitized by Google

höheren Zweck vollständig aufgehen läßt, so sein. Der Mensch wird dem Höheren allezeit nur seiner selbst wegen, der Glückseligkeit wegen, die ihm daraus erwächst, dienen, und die Unterordnung des Ichs unter das Höhere hier ebenso nur scheinbar sein, wie die Unterordnung des Ichs unter die Welt. Auch in der Unterordnung unter das Höhere taucht das Ich immer wieder auf, und es sind darum alle Systeme in gewisser Hinsicht eudämonistische.

Zunächst fällt die Befriedigung des Handelnden mit der Handlung selbst nicht zusammen, es wird vielmehr die Pflicht erfüllt wegen der guten Folgen, die sich daran für den Handelnden knüpfen, oder wegen der üblen Folgen, die das Unterlassen der Pflichterfüllung mit sich führt, wegen Lohns oder Strafe im weiteren Sinn. Es ist mithin die Aussicht auf Ruhm, Ehre, Geld u. s. w. oder auf Verachtung, Schande, Geldverlust und sonstige Uebel das Motiv zum Befolgen der sittlichen Lebensregel. Wer solcher Beweggründe zum objektiv sittlichen Verhalten bedarf, von dem sagt man, daß er kein guter oder sittlicher Mensch sei. Es fehlt ihm der innere Drang zum Guten, er handelt gut nur aus Berechnung, und diese kann ihn eben so leicht zum Bösen wie zum Guten führen. Ein wirklich guter oder sittlicher Mensch heißt vielmehr nur, in dessen Wesen es liegt unter allen Umständen das Gute zu thun und das Böse zu unterlassen, also sich der sittlichen Lebensregel gemäß zu verhalten, und damit das zu thun, was die Anderen befriedigt, und das zu unterlassen, was ihre Befriedigung stört. Daraus erhellt auch, daß das subjektive Gute und Böse im Menschen nichts anderes ist, als die Richtung des menschlichen Gemüths auf Nutzen oder Schaden der Andern.

Beim wirklich guten Mensch fällt also die Befriedigung, ohne die Niemand thätig wird, mit der guten Handlung selbst zusammen. Das ist der Fall bei einer Handlung aus Liebe, sei es daß der Handelnde die Tugend liebt, sei es daß er die

Digitized by Google

Menschen oder sein Vaterland liebt. Die höhere Stufe dieser Liebe ist die Begeisterung, welche überall in der Welt, auch in Wissenschaft und Kunst, das Größte wirkt. Nun ist ihm die Pflichterfüllung keine Qual, sondern eine Freude, die Neigung des Herzens und das Gesetz sind in Harmonie. Außerdem treiben auch Vernunft und Gewissen ohne Rücksicht auf Lohn oder Strafe zum sittlichen Thun, und es lebt der danach Handelnde ohne weitere Berechnung des Glaubens, daß seine Thätigkeit am Ende auch zu seinem Wohl ausschlagen werden. Unter allen Umständen hat er die Beruhigung und das Glück, mit sich selbst im Frieden zu sein und sich selbst achten zu können.

Aristoteles*) hat gesagt, die Gesetze hätten keine andere Kraft die Bürger zum Gehorsam zu bewegen, als sie von der Gewohnheit des Gehorchens bekämen. Diese Annahme beruht auf einer gänzlichen Verkennung des Wesens des Menschen, übersieht Vernunft wie Gewissen, und läßt es völlig unerklärt, wie diese Gewohnheit des Gehorchens entstehen kann.

§. 15.

Die Ursache des Materialismus.

Nach der Lehre der Materialisten erfindet der Einzelne mittelst seines Verstandes die Lebensregeln zum Nutzen der Menschen. Sittlichkeit und Recht sind ein Rechnungsexempel, welches der Einzelne aus sich vollständig löst, indem er die in Betracht kommenden Vortheile und Nachtheile einer Handlungsweise gegeneinander abwägt, und sich für diejenige entscheidet, von der er am meisten Nutzen für das Volk erwartet. Ein zwar nicht nothwendiger, aber doch gewöhnlicher Bestandtheil dieser Weltanschauung ist das überwiegende Betonen des sinnlichen Genusses. Weil es nun Zufall ist, daß beim selbstständigen Denken jedes Einzelnen alle zu einem gleichen Resultat kommen, so erscheint es erforder-

*) Politik.

Digitized by Google

lich entweder, daß Einer nach seinem Gutdünken dem Volk die Gesetze giebt, oder daß sich die Glieder des Volks durch einen Vertrag über Sittlichkeit, Recht und Staat vereinigen. Der Einzelne gehorcht nicht einer höheren Autorität, sondern seinem Versprechen, von dem freilich nicht erhellt, weshalb er ihm dann noch folgt, wenn es ihn gereut, daß er es gegeben hat; von einer höheren, als der Einzelweisheit ist nicht die Rede.

Mit dieser Hypothese kann man zwar die Polizei, das Polizeirecht und Polizeivergehen, vielleicht auch den Polizeistaat erklären, aber nimmermehr Sittlichkeit und Recht und den darauf gebauten Staat, Vernunft, Gewissen u. s. w. Indessen wird der Materialismus aus dem im §. 3 bemerkten verständlich. Seine Anhänger brechen die Gedankenreihe bereits im ersten Stadium ab, was Vorbereitung zum Volksurtheil ist, dünkt ihnen das Ende. Sie fragen nach dem Grund der Lebensregeln und halten den Nutzen, welchen jeder Einzelne als Erfolg jener heraus findet, für die Ursache. Es ist aber nicht Sache eines Jeden, einen Volksgedanken treu nachzudenken, und am wenigsten kann davon die Rede sein, wenn der Einzelne nicht dieses Nachdenken, sondern Bildung der Lebensregel aus sich heraus beabsichtigt. Im letzteren Fall wird es ihm begegnen, daß er von einer Gruppe von Interessen, die nur einen kleinen Bestandtheil des gesammten Materials bildet, zu seiner Regel aufsteigen wird. Die Partei gelangt sogar von ihrem Sonderinteresse zur Lebensregel und zu der Behauptung, Recht sei, was ihrem Interesse entspreche. — In ganz gleicher Weise geht es ihnen mit der Befriedigung der Menschen, auch hier bleiben sie im ersten Stadium, bei dem was ihnen zunächst in die Augen fällt, stehen. Für sie existiren weder Volksweisheit, noch geistige Befriedigung, insbesondere durch das „Gesammtleben der Nation." Der Materialismus beruht also auf der richtigen Warnehmung, daß die Sittlichkeit dem menschlichen Wohl dient, und auf dem Nichtwissen um das Volksdenken.

Digitized by Google

Was nun das Strafrecht insbesondere anlangt, so hat der Materialismus für die Strafe keine andere Rechtfertigung, als ihren Nutzen, wie denn überhaupt bei dieser Betrachtungsweise der Zweck stets das Mittel heiligt. Die Strafrechtstheorieen sind eben so verschieden, als die Vorstellungen der Einzelnen über die möglichen Vortheile der Strafe und die beste Art und Weise sie zu erreichen. Ueberfällt die Theoretiker das Bewußtsein, daß doch eigentlich das, was mir nützt, noch nicht recht sei, insbesondere wenn es, wie die Strafe, dem anderen, der gestraft wird, schadet, dann greifen sie nach irgend einem beliebigen Satz des positiven Rechts und wenden ihn auf das Strafrecht des Staats an. So rechtfertigen sie die Strafe aus der Nothwehr, dem Recht zum Schadenersatz, dem Recht zur Erziehung Unmündiger u. s. w. Aber die Macht ihrer Vernunft und ihres Gewissens beherrscht sie unwillkührlich noch weiter und zwingt sie bei Bestimmung der konkreten Strafe zum vollständigen Abfall von ihrer Theorie; sie richten die Größe der Strafe nicht nach deren Zweck, sondern nach dem Volks-Rechtsbewußtsein ein. Ja noch mehr, sie schlagen im weiteren Verlauf meist geradezu in den Idealismus um, indem sie zur Aufstellung kommen, daß zwar die Strafe u. s. w. zur Beförderung des menschlichen Wohls vorhanden, der Mensch selbst aber nicht seinetwegen, sondern für die Sittlichkeit, das Recht, oder den Staat da sei.

Es ist unserem Zeitalter vorgeworfen worden, es scheine ihm die Vorstellung gefehlt zu haben, daß sich etwas anders habe bilden können, als daß Menschen wissend und wollend es gemacht hätten. Ich glaube, man hat unserer Zeit mit diesem Vorwurf sehr unrecht gethan, sie besitzt das allgemeine oder sittliche Bewußtsein in vollem Maas. Was sich gemindert hat ist der Respekt vor dem blos noch Positiven, dagegen hat sich die Achtung vor dem Vernünftigen offenbar vermehrt.

Bedürfniß wäre einem Volk ein Gesetzgeber im Sinn des Materialismus, nemlich ein solcher, der die Gesetze ausklügelte

Digitized by Google

und durch sie das Recht machte, wenn diesem Volk der Moment des Gesammtdenkens abginge, und es damit unfähig würde selbst sich die ihm gemäßen Lebensregeln zu bilden. Ein solches Volk könnte zwar vielleicht alle Einzelwillen durch eine Abstimmung und Beschlußfassung auf eine Einheit bringen, indem es die Majorität der Einzelwillen entscheiden ließe. Allein die daraus hervorgehenden Gesetze wären ein Ergebniß des Zufalls und dauerten nur so lange, bis ein neuer entgegengesetzter Zufall den früheren beseitigte. Sie drückten nicht die Vernunft des Volks, sondern den Einzelverstand der Majorität aus. Insofern man unter dem Willen des Volks das Wollen einer bestimmten Zahl Einzelner zu einer bestimmten Zeit versteht, ist es recht wohl denkbar, daß dieser Volkswille mit dem allgemeinen Bewußtsein des Volks in Widerspruch gerathen und Unvernünftiges wollen kann. Der Einzelne ist bei seiner Entschließung vielleicht nicht der Stimme seiner Vernunft, sondern seinen besonderen Interessen gefolgt, und das wird um so eher der Fall sein, jemehr die Ansicht sich Eingang verschafft, daß es sich bei einer Abstimmung nicht um das Aussprechen des Vernünftigen, sondern um das Geltendmachen von Sonderinteressen gegenüber anderen Sonderinteressen, vielleicht auch um ein gegenseitiges Abmarkten und Vergleichen handele oder wenigstens darum, daß statt des uninteressirten allgemeinen Bewußtseins, das durch besondere Berufs- und Standesinteressen getrübte, seinen Ausdruck finde.

Anders verhielt es sich mit den Gesetzgebern des Alterthums, die in die Gesetze nicht ihre besonderen Gedanken niederlegten, sondern vermöge einer ihnen beiwohnenden Divinationsgabe den im Volk schlummernden Gedanken Ausdruck verliehen. Nach einer weiteren Theorie werden die Menschen bei ihren sozialen Lebensordnungen theils durch die Gerechtigkeitsliebe, theils durch ihr Wohl bestimmt. Entstände eine Lebensregel wirklich auf diese Weise, so würde das nichts weiter heißen als: die Menschen folgten bei Findung der Lebensregel halb ihrer Vernunft

Digitized by Google

halb ihrem Einzelverstand, der Einzelne fühle sich theilweise vom Gesammtdenken des Volks abhängig, und setze sich theilweise über dasselbe weg, Sittlichkeit und Politik seien ihm gleichberechtigte Faktoren nebeneinander. —

Für die Erklärung der Entstehungsweise von Sittlichkeit und Recht ist durch solche Theorien nichts gewonnen. Die geschichtliche Erscheinung, auf welche sich diese Theorie gründet, ist ohne Zweifel die, daß zu einer Zeit, zu welcher die Fundamental-Lebensregeln bereits längst feststanden, ein neu entstandenes Bedürfniß eine neue Lebensregel erheischte, und diese von Einzelnen mit Rücksicht auf bestimmte Vortheile gebildet, jedoch ein Widerspruch gegen die bereits im Rechtsbewußtsein gesetzten Lebensregeln vermieden wurde.

§. 16.

Die Ursache des Idealismus.

Auch der Idealismus ist nichts weiter als ein Versuch das Vorhandene zu erklären. Er gründet sich auf die Einsicht, daß die Sittlichkeit durch das Einzeldenken nicht entstanden sein kann, und die Thatsache, daß der Einzelne der Sittlichkeit ohne Rücksicht auf den Erfolg seiner Handlung zu folgen und nach Nutzen oder Schaden derselben nicht zu fragen hat einerseits, so wie auf das Uebersehen des Volksdenkens andererseits. Man schließt: weil die Einzelnen als solche die Sittlichkeit nicht erzeugen, so ist dieselbe überhaupt nicht durch die Menschen entstanden, und weil es beim sittlichen Handeln des Einzelnen auf den Erfolg nicht ankommt, so ist die Sittlichkeit überhaupt nicht auf das menschliche Wohl berechnet.

Die Sittlichkeit, welche ihren Ursprung nicht im menschlichen Denken hat, sondern durch dasselbe nur erkannt wird, kann auch keine Veränderung erleiden, was sich verändert ist vielmehr nur das Wissen der Menschen um sie; die Menschen können zu einer immer vollkommneren Kenntniß der Sittlichkeit fortschreiten.

Digitized by Google

Ist sodann die Sittlichkeit nicht des menschlichen Wohls wegen entstanden, nicht ein Mittel zur Beförderung desselben, haben aber die Menschen gleichwohl der Sittlichkeit zu dienen, so kann letztere nur der Endzweck des menschlichen Daseins sein.

Aus dieser Vorstellung der Dinge entspringt nun nothwendig die Idee, die Strafe sei nicht der Menschen wegen da, und ihr Zweck allezeit der nemliche gewesen, es habe sich nichts weiter verändert als die Kenntniß der Menschen um diesen Zweck.

Zweites Kapitel.

Der Strafzweck.

§. 17.

Das Wesen des Verbrechens.

Ich habe das Recht als eine Zwangslebensregel des Volks und das Verbrechen als eine Verletzung einer Straf-Rechtsregel bezeichnet, welche nur als Accessorium einer anderweiten Rechtsregel, Verbot oder Gebot, vorkommt. Wie die Rechtsregel kein anderes Criterium hat als die Volksansicht, daß es im allgemeinen Interesse liege, die Befolgung dieser Lebensregel zu erzwingen, so kann für die Strafregel kein weiteres unterscheidendes Merkmal angegeben werden als die Volksansicht, daß die Strafe als Folge der Verletzung einer Rechtsregel das allgemeine Wohl befördere. Man hat gesagt, die Rechtsregel habe ein äußeres Thun zum Gegenstand, und unterscheide sich dadurch von der Sittlichkeit. Es ist das eine völlig irrige Ansicht. Auch bei der blos sittlichen Lebensregel handelt es sich in erster Linie lediglich darum, daß das äußerlich geschieht, was das Sittengesetz befiehlt. Erst in zweiter Linie, nemlich wenn man zum Urtheil über die Befähigung eines Menschen zum sittlichen Handeln fortschreitet, kommt das in Betracht, als dessen Wirkung das äußerliche Thun erscheint. Die gegentheilige Ansicht beruht auf der

Digitized by Google

Voraussetzung, daß die Sittlichkeit nur für den Handelnden, nicht für das Wohl der Anderen, Bedeutung habe. Beim Recht kann es selbstverständlich gar nicht zur Beurtheilung des menschlichen Innern kommen, vielmehr verhält sich jenes gleichgiltig gegen dieses, weil es dem Menschen die Wahl zwischen Recht und Unrecht gar nicht läßt, sondern seinen Willen mit Gewalt durchsetzt. — Welche sittliche Lebensregel zur Zwangs- oder Rechtsregel wird, und weiter: an welche Rechtsregel sich eine Strafregel knüpft, das läßt sich nicht voraus bestimmen. Sittlichkeit und Recht haben eine sehr schwankende Grenze, und es wird zu einer Zeit und bei einem bestimmten Volk auch rechtswidrig sein, was zu einer anderen Zeit, oder bei einem anderen Volk blos unsittlich ist. In der Regel hat freilich das Recht nur das Nichtschaden zum Gegenstand, insbesondere das Nichtbeschädigen dessen was Einer bereits besitzt, und das Nützen nur insofern, als Einer dieses besonders versprochen hat. Auch bezieht sich das Recht regelmäßig nur auf sinnliche Güter, mit Ausnahme der Ehre, während man die geistigen Güter eines Menschen verletzen ihn z. B. auf das empfindlichste kränken, oder moralisch verderben darf, ohne damit rechtswidrig zu handeln. Es ist insbesondere falsch zu sagen, strafbar sei die absichtliche Verletzung des Rechts. Wir sehen vielmehr, daß sich nach dem Volksurtheil nicht an jede absichtliche Rechtsverletzung Strafe knüpft, und daß andererseits unabsichtlichen Rechtsverletzungen Strafe folgt. Wie wenig die Verletzung subjektiver Rechte die Voraussetzung der Strafbarkeit ist, wurde schon oben bemerkt. Vergeblich haben sich scharfsinnige Denker abgemüht das Gegentheil zu beweisen, alle ihre Deduktionen laufen auf Verdrehung des Begriffs von subjektiven Rechten hinaus. Sie nannten die Befugniß des Staats, Befolgung der Rechtsregel zu erzwingen, ein subjektives Recht desselben, während ein solches in der That erst entsteht, wenn die Rechtsregel verletzt worden ist. So lange die Strafe Rache des Verletzten war,

Digitized by Google

mußte freilich die Voraussetzung jedes Verbrechens Verletzung eines subjektiven Rechts sein. — Man hat auch von der Verletzung des Rechts an sich, von Verletzung der Substanz des Rechts und dergleichen gesprochen und geglaubt, darin das Characteristische des Verbrechens finden zu können. Es hat das, insofern man darunter etwas anderes versteht, als Uebertretung der Verbote und Gebote, keinen Sinn, es sei denn, daß man sich unter Sittlichkeit und Recht ein Subjekt vorstellt, welches als zweites neben den Menschen existirt und gleich diesen in seinen Rechten verletzt werden kann.

Allerdings läßt sich bei der Definition des Verbrechens als Entgegensetzung des besonderen Willens gegen den allgemeinen Willen, unter letzterem auch der Wille des Volks verstehen. Denkt man sich unter dem Willen des Volks dessen konkretes Wollen, nemlich den Willen, daß diese bestimmte Lebensregel befolgt werden soll, dann sagt man nichts weiter als das was ich selbst behaupte. Hat man dagegen bei dem Volkswillen einen Willen an sich, einen Willen ohne bestimmten Inhalt im Sinn, dann ist diese Vorstellung eben so leer von wirklichem Inhalt, als die eines Rechts an sich, und es vermag nur die Phantasie derselben einen Inhalt zu verleihen.

Die Rechtsregeln haben eine verschiedene Richtung. Ein Theil ist unmittelbar auf das Wohl der Einzelnen berechnet, der Art, daß bei der Befolgung der Rechtsregel zunächst nur ein bestimmtes Individuum Interesse hat. Ein anderer Theil dagegen hat nur mittelbar das Wohl der Einzelnen zum Gegenstand, und es ist bei der Befolgung derselben keine bestimmte Person besonders interessirt. Im ersteren Fall kann der Einzelne die Vortheile, welche ihm die Rechtsregel gewährt, theilweise aufgeben, und es liegt unter Voraussetzung eines solchen Verzichts beim Handeln gegen die Rechtsregel kein Unrecht und Verbrechen vor, während die Volksansicht bei dem anderen Theil, namentlich dem Leben, ein solches freiwilliges

Digitized by Google

Aufgeben nicht gestattet. Im anderen Fall kann von subjektiven Rechten des Einzelnen, die er aufzugeben vermöchte, nicht die Rede sein, und es wird unter allen Umständen auf Befolgung der Rechtsregel gehalten. Aber der Wille des Volks ist auf Befolgung beider Arten von Rechtsregeln gerichtet, wie sich denn ein Volksinteresse, das nicht zuletzt in das Interesse der einzelnen Glieder des Volks ausmündet, gar nicht denken läßt.

Zu der einen objektiven Voraussetzung des Verbrechens, Uebertretung einer Straf-Rechtsregel, kommt nun eine zweite subjektive. Auch sie läßt sich in absoluter Weise durchaus nicht weiter bestimmen, als daß die Strafe nur den Uebertreter des Strafgesetzes trifft, und die Geschichte zeigt uns selbst in dieser Richtung Abweichungen: es hat zu Zeiten auch die Bestrafung von Weib und Kindern des Verbrechers für gerecht gegolten. Die nothwendige subjektive Voraussetzung kann Absicht, oder wenigstens Verschulden sein, aber es ist auch die unabsichtliche und unverschuldete That mit Strafen belegt worden, und diese Bestrafung gerecht gewesen, d. h. sie hat der vom Volk gebildeten Rechtsregel entsprochen.

Welche Handlungen bei uns nach dem Rechtsbewußtsein des Volks für strafwürdig gelten, beabsichtige ich nicht hier darzustellen. Bemerken will ich jedoch, daß sich der Kreis der strafwürdigen Handlungen — von Polizeivergehen natürlich abgesehen — fortwährend verengert. Es liegt das theils daran, daß die Strafe aufhört Volksgenugthuung zu sein, theils daran, daß die frühere Ansicht, als sei die Strafe ein Universalmittel wider alles Böse, im Verschwinden begriffen ist. Die subjektive Voraussetzung der Strafe ist in der Gegenwart: daß der zu Bestrafende der Uebertreter des Strafgesetzes, zurechnungsfähig und im Verschulden sei. Uebertreter des Strafgesetzes oder Verbrecher ist jeder, wer das bei Strafe Verbotene oder Gebotene thut oder unterläßt, mag er nun Urheber der sinnlichen Veränderung in der Außenwelt die zu verhindern das Verbot bezweckte, oder Gehilfe oder Be-

Digitized by Google

günstiger sein. Etwas anderes versteht man unter Verbrechen, nemlich das Hervorbringen der sinnlichen Veränderung in der Außenwelt selbst, wenn man vom Urheber des Verbrechens redet. Zurechnungsfähig ist der, welcher Vernunft hat, d. h. um das Gute und Böse, Rechte und Unrechte, Strafwürdige und Straflose, oder um die Volks-Lebensregeln wußte, als er die That beging, und die Fähigkeit besaß, zwischen Recht und Unrecht zu wählen. Im Verschulden befindet sich der, welcher absichtlich die sinnliche Veränderung in der Außenwelt hervorbrachte, dabei half, oder das Hervorbringen begünstigte, oder wenigstens eine der üblichen Vorsichtsmaßregeln, die man beobachtet, um die Veränderung in der Außenwelt zu vermeiden, unbeachtet ließ.

§. 18.

Die gerechte Strafe.

Das Strafgesetz und dessen Verwirklichung oder die Bestrafung der Uebertreter des ersteren wird zur Ursache einer Reihe von Wirkungen, die eintreten, mögen sie beabsichtigt sein oder nicht. Diejenige Wirkung der Strafe nun, die Einer will und hervorzubringen beabsichtigt, ist sein Strafzweck. Natürlich bringt die Strafe neben dieser beabsichtigten Wirkung noch alle diejenigen hervor, welche zu erzeugen in ihrem Wesen liegt. Erfreut man sich an dieser oder jener nicht als Zweck gesetzter Wirkung, und benutzt sie für sich, alsdann entsteht der Begriff von Nebenzwecken der Strafe. Je nachdem man endlich eine nähere oder entferntere Wirkung der Strafe als deren Zweck bezeichnet kommt man zu Mittel- oder Endzwecken der Strafe. —

Wir brauchen nach dem oben Gesagten nicht daran zu zweifeln, daß die in dem Volks-Rechtsbewußtsein lebende Strafe einen Zweck hat; es handelt sich nur darum, den Volksgedanken nachzudenken, um diesen Strafzweck zu finden. Auch leuchtet ein, daß keine andere Rechtfertigung der Strafe im höheren Sinn möglich ist, als die durch das Rechtsbewußtsein des Volks, und das Setzen

Digitized by Google

keines andern Zwecks gerecht ist, als des im Volks-Rechtsbewußtsein gesetzten. Die so gerechtfertigte Strafe *verdient* der Verbrecher, d. h. eben: sie ist gerecht, entspricht der Vernunft und dem Rechtsgefühl des Volks, während beide sich gegen jeden anderen Strafzweck und jede andere Strafquantität auflehnen. Und der Verbrecher selbst empfindet *nur* diese Strafe als eine gerechte, ihm gebührende.

Für den Idealisten ist selbstverständlich die Strafe Selbstzweck, höchstens ein Mittel für das *Recht* als Selbstzweck, für die Menschen aber zwecklos. Diesen wird nur gestattet, die *Wirkungen* der gerechten Strafe für sich auszubeuten. Weil der Idealist die Entstehungsweise der Strafe nicht kennt, und alle *jenseits* des Rechtsbewußtseins liegenden Momente für ihn nicht vorhanden sind, so kann bei ihm von einem Strafzweck nicht die Rede sein, sondern er straft, weil die Strafe verdient und gerecht ist. Allerdings wird er im Lauf der Zeit, wenn nemlich der Volksgedanke über Strafe und deren Zweck sich ändert, genöthigt, einen anderen Inhalt als früher ebenfalls für gerecht anzusehen, und die veränderte Strafquantität ebenfalls für die verdiente Strafe erklären, allein sein Standpunkt *diesseits* des Rechtsbewußtseins hindert ihn, die wahre Ursache des Wechsels herauszufinden. Er wird vielmehr geneigt sein die im Rechtsbewußtsein der Gegenwart, und damit auch in *seinem* Rechtsbewußtsein, liegende Strafe für die vollendete Idee der Gerechtigkeit, und die ganze vorausgegangene strafrechtliche Entwickelung nur als Vorstufen *seiner* Idee von Gerechtigkeit anzusehen. Alles jenseits seines Rechtsbewußtseins liegende ist ihm nur unvollkommene Manifestation der Idee der Gerechtigkeit *).

*) Abegg, die verschiedenen Strafrechtstheorien z. B. nennt die Rache des Verletzten eine Ahnung der Forderung des Rechts, daß das Unrecht nicht bestehen dürfe, nicht unvergolten bleiben solle. Aehnlich Wilda, Strafrecht der Germanen.

Digitized by Google

Umgekehrt ergeht es den Utilitariern. Sie haben gerade so viele Strafzwecke herausgefunden, als sich Wirkungen an die Strafe knüpfen, und das Recht des Staats, zu diesem Zweck zu strafen, wie schon bemerkt, bald mit diesem oder jenem Satz des positiven Rechts, bald mit den Vortheilen gerechtfertigt, die dem Staat aus Verfolgung dieses Zwecks ihrer Ansicht nach erwachsen. Es leuchtet ein, daß ihnen so wenig die Rechtfertigung mit Sätzen des positiven Rechts gelingen konnte, — theils weil kein einziger für die Strafe paßt, theils weil diese Rechtfertigungsweise dem Rechtsbewußtsein des Volks widerspricht, das sich *nicht* auf diese Rechtssätze stützt, — als ihr Einzelverstand die Kraft besaß, gleich dem Gesammtdenken des Volks, das ganze Material zur Bildung einer Lebensregel, alle vorhandenen Interessen und die sämmtlichen Wirkungen einer ins Dasein getretenen Ursache, erschöpfend zu durchdringen. Grade das was der Eine für sehr nützlich erklärt, wird der Andere für das möglichst Schädlichste ansehen, und beide werden recht haben. Jener hatte eine der guten Wirkungen der Ursache im Auge, der Andere eine der schädlichen, und beide Arten von Wirkungen sind in der That vorhanden. Und wenn auch Einer die guten und die üblen Folgen der Ursache gegeneinander abwog, und, je nachdem sich ein Ueberschuß des Guten oder Bösen ergab, den Satz verwarf oder annahm, so blieb das nichts weiter als ein *Versuch*, das wahrhaft Gute herauszufinden, und alles was er dachte und that, war nur ein winziges Moment zur Bildung des Volksurtheils.

Die Einsicht, daß einestheils die Strafe ihres Nutzens wegen da sei, und anderntheils eines Höheren als dieses Nutzens zu ihrer Rechtfertigung bedürfe, hat dahin geführt, das idealistische und das materialistische Strafsystem zu Einem zu verquicken, die Strafe ihres Nutzens wegen *zu setzen*; — nicht etwa blos die *Folgen* der gerechten Strafe zum Vortheil der Menschen zu verwenden, — sie aber mit der Gerechtigkeit *zu rechtfertigen*. Die Folge dieser Combination ist ein durch alle Einzelheiten des

Digitized by Google

Systems sich ziehender Dualismus, und ein fortwährendes Herüber- und Hinüberspringen vom Recht zum Nutzen und vom Nutzen zum Recht. Es fehlt eben das Glied, welches allein die beiden Theile zu einem Ganzen verbinden kann: das Gesammtdenken des Volks.

§. 19.

Die möglichen Wirkungen der Strafe.

Ein Verbrechen begeht derjenige, welcher sich von den Wirkungen der das Strafgesetz verletzenden That eine größere Befriedigung verspricht, als vom rechtlichen Handeln. Jeder Verbrecher gedenkt durch seine That sein Wohl zu fördern.

Die Strafe dagegen wird zugefügt, um eine der üblen Wirkungen des Verbrechens zu beseitigen. Die Strafe soll irgend etwas von dem wieder gut machen, was das Verbrechen geschadet hat. Sie ist eine künstliche Folge der verbrecherischen That, die ins Dasein gesetzt wird, um natürliche Folgen des Verbrechens zu paralisiren.

Betrachten wir zunächst die möglichen Wirkungen des Verbrechens, sowohl für den Verbrecher selbst als wie für die Anderen, und hierauf die Wirkungen der Strafe in denselben Richtungen. Es wird dann möglich sein zu beurtheilen, welche Wirkungen des Verbrechens überhaupt durch die Wirkungen der Strafe denkbarerweise neutralisirt werden können.

Die Wirkungen des Verbrechens können sein

I. für den Verbrecher selbst:

1) Befriedigung durch die verbrecherische That unmittelbar oder mittelbar, dort durch Rache, Liebe, auch vermeintlichen Ruhm und Ehre, hier durch Erhaltung oder Erwerb von irgend etwas, welches zur sinnlichen Befriedigung des Menschen verwendbar ist, oder Beseitigung von etwas, das die Lebensbefriedigung stört;

Digitized by Google

2) Verachtung Seitens der Anderen und daran sich knüpfende intellektuelle oder Vermögensnachtheile;
3) böses, oder zürnendes Gewissen und Unfrieden mit sich selbst, Reue über die That u. s. w.

II. für die Andern:

1) Schmerz des Verletzten über das verlorene Gut: Vermögen, Leben und Gesundheit, Ehre, ehelichen Frieden u. s. w.;
2) Zorn des Verletzten über das ihm zugefügte Leid;
3) Zorn der Anderen aus Sympathie mit dem Verletzten, oder wegen der Auflehnung gegen deren Willen;
4) sittliche Entrüstung der Anderen;
5) Furcht aller vor Wiederholung von Verbrechen durch den Verbrecher oder Andere und vor Verlust derjenigen Güter im weiteren Sinn, deren Bewahrung das Verbot oder Gebot bezweckte;
6) Fortexistenz des verbrecherischen Willens zum Trotz des allgemeinen Willens.

Die Strafe kann wirken:

1) Rache oder Besänftigung des Zorngefühls durch Genugthuung;
2) Freude an dem durch sie gewonnenen Gut und Ausgleichung des durch das Verbrechen erregten Schmerzens;
3) sittliche Besserung des Verbrechers;
4) Unterlassung von Verbrechen, insofern Jemand die Strafe als Folge seiner That denkt, und er die Vortheile der letzteren um diesen Preis nicht will, und Herstellung des Verhältnisses der Subordination des Einzelnen unter den allgemeinen Willen;
5) Aufhebung des fortexistirenden verbrecherischen Willens.

Die Rache beseitigt die Wirkungen des Verbrechens unter I. 3. II 2. 3. 4., die Freude am gewonnenen Gut die Wirkung unter II. 1., die Besserung die Wirkung unter I. 2, die Furchterregung und Besserung die Wirkung unter II. 5., der Schmerz

Digitized by Google

aus der Strafe die Wirkung unter I. 1., und die Aufhebung des verbrecherischen Willens die Wirkung unter II. 6.

Es fragt sich nun, welche dieser Wirkungen vom Volk als Zweck der Strafe gesetzt worden ist, oder wenigstens als Hauptzweck, welche Wirkungen als Nebenzwecke angesehen worden sind, und endlich welche Wirkungen gar nicht als Zweck gegolten haben, obwohl sie unabsichtlich eintraten. Läßt sich dieses ermitteln, dann haben wir den Volksgedanken über Strafe nachgedacht, und sind zum Verständniß der im Rechtsbewußtsein des Volks lebenden Straf-Rechtsregeln gelangt. Wir werden darauf verzichten müssen, in der strafrechtlichen Entwickelung die Verfolgung einer bereits im Anfang gesetzten Idee und deren immer vollkommenere Verwirklichung zu erblicken, sondern uns bescheiden, daß jede Zeit ihren Bedürfnissen nach dem Maas ihrer Einsicht genügte, und die Strafe zu verschiedenen Zeiten nur darum einen verschiedenen Sinn gehabt hat, weil sich die Bedürfnisse änderten und die Einsicht, sie zu befriedigen, sich erweiterte. — Einen von Haus aus vorhandenen Plan und dessen allmälige, erst unbewußte und dann immer mehr bewußte, Realisirung zu deduziren ist, namentlich im Strafrecht, nicht schwer. Man hat nur nöthig, eine bestimmte Wirkung der Strafe als deren letztes Ziel hinzustellen, und auf dieses die Strafe allezeit zu beziehen, da die natürlichen Wirkungen der Strafe von Anfang an dieselben gewesen sind, wie in der Gegenwart. Es haben dann die Völker aller Zeiten blos weil sie straften, unbewußt zu allen Zeiten, mehr oder minder vollkommen diesem Zweck gedient. — Freilich läßt sich das von jeder der natürlichen Wirkungen der Strafe behaupten, z. B. auch von der natürlichen Wirkung der Strafe, von Verbrechen abzuschrecken, und ich kann dann beweisen, daß die Strafen aller Zeit mehr oder weniger, mit oder ohne Bewußtsein der Menschen, diesem meinem Zweck gedient haben.

Selbstverständlich kann bei dieser Betrachtung von derjenigen Theorie, die sich als die der Gerechtigkeit eingeführt hat, insofern

Digitized by Google

die Strafe auch nicht einmal für das Recht oder den Staat als Subject einen Zweck haben soll, keine Rede sein. Sie ist eben nichts weiter als das in ein System gebrachte Rechtsbewußtsein der Gegenwart, dessen Sätze sie darstellt und als absolut wahre behauptet, ohne nur einmal den Versuch zu machen, die Entstehung dieses Rechtsbewußtseins und seine Bedeutung für das menschliche Wohl zu erklären. Sie begnügt sich mit der Thatsache des Bewußtseins, daß der Böse Böses und der Verbrecher Strafe verdiene, und empfindet kein Bedürfniß der Entstehung dieser Thatsache nachzudenken. Ihren Sieg über Feuerbach und seine Zeitgenossen verdankt sie nicht ihrer wissenschaftlichen Tiefe, sondern einfach dem Umstand, daß das System Feuerbachs zum großen Theil dem Rechtsbewußtsein des Volks widersprach, nicht dessen Gedanken, sondern diesem fremde, wieder gab.

Was endlich diejenigen Systeme anlangt, die neben der gerechten oder wohlverdienten Strafe, also neben der Darstellung des Rechtsbewußtseins ihrer Zeit, noch alle möglichen Wirkungen der Strafe als Zwecke derselben hinstellen, so fehlt auch ihnen jede tiefere Bedeutung. Sie lassen nicht ersehen, was die Strafe *ist*, nicht einmal was sie sein *soll*, sondern kaum was sie sein *kann*, und damit ist der Erkenntniß des Wesens der *geltenden* Strafe noch wenig gedient.

§. 20.

Der Volks-Strafzweck.

Betrachtet man die strafrechtliche Entwickelung ohne den Wunsch, darin eine bestimmte Idee verwirklicht zu finden, und sieht man dasjenige als das Wesen des Strafrechts einer bestimmten Zeit an, was die Menschen zu dieser Zeit mit der Strafe bezweckten, so ergiebt sich folgendes.

Das Verbot bezweckt zu *allen* Zeiten, daß das Verbotene nicht geschieht, und das Gebot, daß das Gebotene geschieht, und es ist *stets* zur Erreichung dieses Zwecks Gewalt angewendet

Digitized by Google

worden, sei es, daß man den Andern zum Thun nöthigte, sei es, daß man ihn vom Thun abhielt. Auch wird es zu keiner Zeit an der Einsicht gefehlt haben, daß das, was wir Polizeizwang und Gerichtszwang nennen, nicht ausreicht um das Unrecht zu hindern, sei es, daß die Vertheidigung schwächer ist als der Angriff, sei es, daß Restitution und Schadenersatz im konkreten Fall oder überhaupt nicht denkbar ist, wie das sowohl bei allen anderen als den in Geld anschlagbaren Gütern der Einzelnen, als insbesondere bei den Lebensregeln der Fall erscheint, die ein besonderes Gut des Einzelnen gar nicht zum Gegenstand haben. Es liegt unter diesen Umständen der Gedanke sehr nahe, daß man die Strafe dem Verbot oder Gebot beigefügt, um die Uebertretung der Lebensregel zu hindern, und daß das Sittengesetz: der Böse verdiene Böses, der Verbrecher Strafe, der Gute aber Gutes, Lohn, eben nichts weiter sei, als das Schlußergebniß des Volksgedankens: die Befolgung der Lebensregel durch Strafe zu sichern.

Und dennoch stände mit einer solchen Annahme das ganze deutsche Strafrecht, und selbst noch das in der Gegenwart, in einem schneidenden Widerspruch. Es ist vielmehr jederzeit zwischen die beiden Gedanken, den, daß das Verbotene nicht geschehen solle und den, daß es dann nöthig sei, die Geltung des Verbots durch eine dem Zweck entsprechende Strafe zu sichern, das Gefühl, erst das des Zorns, dann das der sittlichen Entrüstung, endlich das des Mitleids getreten, um der Strafe eine andere Richtung, als lediglich die auf Sicherung der Geltung des Verbots und Gebots, zu geben. Aber je länger es währte, desto kürzer vor dem Ziel ist das Abspringen vom Sicherungszweck nach der Rache hin erfolgt. Im Anfang, d. h. soweit unsere geschichtliche Kenntniß reicht, war zwar der Zweck des Verbots Verhinderung des Verbotenen, aber der Strafzweck unzweifelhaft Rache des Verletzten, also die im vorigen §. unter II. 2 erwähnte Wirkung der Strafe ihr Zweck. Der Zorn war nach begangenem Verbrechen

Digitized by Google

die vorherrschende Empfindung und gab der Strafe ihre Richtung. Fast gleichzeitig und neben diesem Strafzweck, Rache des Verletzten, erscheint der Strafzweck, Rache der Freunde des Verletzten und des ganzen Volks. Der Grund, daß man diese Wirkung der Strafe als deren Zweck setzte, war die Heftigkeit der noch ungebändigten Leidenschaft, der um jeden Preis genug gethan werden mußte, sollte sich das Volk nicht elend fühlen. Nach den uns aufbewahrten Aeußerungen muß der Zorn über Verletzungen und das Leid, welches aus Unterdrückung desselben enstand, wie die Freude, welche die vollzogene Rache bewirkte, eine dermaßen heftige Empfindung gewesen sein, daß selbst wir von unserm Standpunkt aus Bedenken tragen würden, eine solche Volksleidenschaft unbefriedigt zu lassen. — Man siehe z. B. das Nibelungenlied. — Gerade so verhält es sich bei den Israeliten, wo Sirach schreiben konnte: „neun Stücke sind, die ich in meinem Herzen hoch zu loben halte — wer erlebt, daß er seine Feinde untergehen sieht:" — Was in alter Zeit den Inhalt des Strafrechts ausmachte, sehen wir übrigens noch in der Gegenwart als Selbsthilfe geübt. Nicht blos Angriffe auf die Person treiben zur Rache, — dahin gehört auch das Duell, — sondern auch Angriffe auf Eigenthum. Der Bauer, welcher einen Dieb ertappt, wird ihn vor allen Dingen derb abprügeln, und so seinen Muth kühlen. Nur dunkel schwebt ihm dabei die Idee vor, durch diesen Akt zugleich auch zukünftige Verbrechen zu verhindern. Und sein Zorn wird in demselben Maas aufsteigen und hervorbrechen, je größer der ihm zugefügte Schaden war. Der Gedanke an Sicherung durch Strafe in unserem heutigen Sinn dagegen mochte dem stets kampfbereiten, an Gefahren gewöhnten Volk, dessen Beschäftigung Krieg und Jagd war, noch fern liegen, es kannte kein anderes Sicherungsmittel als das Zurückschlagen des Angriffs. — Nachher wird die Sicherung durch Strafe Nebenzweck, und es tritt uns in der Buße die Wirkung der Strafe unter 2. oben entgegen. Sie hat eine Doppelnatur: einmal rächt sie durch

Digitized by Google

die Freude am Schmerz des Büßenden über den Verluſt ſeines Guts, dann paraliſirt ſie den Schmerz des Verletzten durch Freude am gewonnenen Gut, endlich liegt in ihr die Demüthigung vor dem Anderen, und die Anerkennung deſſelben als Sieger, womit zugleich deſſen verletztes Ehrgefühl reparirt wird. Das weſentlich Achtbare, die Ehre, war nemlich das Nichtdulden eines Angriffs und das Beſiegen ſeines Gegners, oder wenigſtens das Streben danach, und es nahm darum auch jedes Verbrechen die Natur einer Ehrverletzung an. — So lange das Intereſſe des Verletzten an der Strafe überwog war die Strafe eine Privatangelegenheit. In demſelben Maas, in welchem das Volksintereſſe zum Vorſchein kommt, wird die Strafe zu einer allgemeinen oder öffentlichen Angelegenheit. Während Anfangs das Volksintereſſe nur neben der Befriedigung des Verletzten und durch ſie befriedigt wird, iſt es am Ende das allein maßgebende, und es hat der Verletzte ſeine Genugthuung allein aus der Befriedigung des Volksintereſſes zu erwarten. Die Mittelſtufe iſt die, wo der Verletzte und die Gemeinheit neben einander aus dem Verbrechen Rechte auf Strafe erwarben. Auch trug die eine Handlung mehr den Charakter einer Verletzung des Einzelnen, die andern mehr der einer Verletzung der Genoſſenſchaft an ſich, und man unterſchied demzufolge zwiſchen Privat- und öffentlichen Verbrechen, bis ſchließlich alle zu öffentlichen wurden, mit Ausnahme einfacher Injurien.

Während der zweiten Periode iſt der Zweck des *Strafgeſetzes* Sicherung vor Verbrechen, aber Zweck der *Beſtrafung* oder Zufügung der Strafe Rache. Aus der natürlichen Wirkung der Strafe, die Menſchen zur Vermeidung derſelben zum Unterlaſſen von Verbrechen zu beſtimmen, iſt eine beabſichtigte Wirkung, ein Zweck, geworden. Theils iſt der Zorn nicht mehr die in ſolchem Maas vorherrſchende Leidenſchaft, daß daneben keine andere Empfindung zu Wort kommen könnte, theils drängte die friedlichere Beſchäftigungsweiſe des Volks zu Mitteln, ſich vor drohenden Verbrechen zu ſichern, theils endlich war die Einſicht

Digitized by Google

soweit gereift, um den Zusammenhang zwischen einer allgemeinen Strafdrohung und dem Unterlassen von Verbrechen zu begreifen. Aber alle diese Momente hielten nicht vor bis nach verübtem Verbrechen und bis zur Zufügung der Strafe. Sowie es zur konkreten Bestrafung kam loderte der Zorn auf, wurde zur herrschenden Leidenschaft und verlangte Genugthuung durch die Strafe. Die Strafe war also gedroht und gesetzt der Sicherung wegen, aber sie wurde zugefügt, vollzogen zur Rache.

Es war dieses nicht mehr der Zorn des Verletzten, sondern der des Volks, und dieser wurde eben so sehr erregt durch die Auflehnung gegen die Volksautorität und das Bewußtsein der Schädlichkeit der Verbrecher, als durch die Empfindung der Unsittlichkeit des Verbrechens, so daß er die Natur sittlicher Entrüstung annahm, die ebenfalls durch die Bestrafung Genugthuung erhielt. Daß es dem Volk erforderlich schien, zur Beförderung seines Wohls der sittlichen Entrüstung durch Strafen genug zu thun, setzt eine Stärke der Leidenschaften und ein Ueberwiegen des Gefühlsvermögens über das Denkvermögen voraus, die, irre ich nicht, in der Gegenwart nicht mehr gefunden wird.

Zur Leidenschaft des Zorns trat die der Furcht, und es erklärt sich letztere zur Genüge aus der allgemeinen Unsicherheit. Man suchte diese Furcht durch die grausamsten Strafen zu betäuben, und es trat hinter die Furcht fast der Rachegedanke zurück oder jene stand ihm wenigstens gleich. Die Bestrafung bezweckte also gleichzeitig Rache und Sicherung.

In der dritten Periode, zu der ich unser Zeitalter rechne, ist auch der Zweck der Bestrafung allein Sicherung geworden, aber dennoch die Herrschaft der Empfindungen nicht aus der Strafe entschwunden. Erheischt unser Gefühl auch keine Rache, sagen wir uns auch, wenigstens ein großer Theil von uns, daß wir unserer sittlichen Entrüstung wegen Strafen nicht bedürfen, daß man das Böse und das Unrecht hassen kann, ohne darum das Bedürfniß zu fühlen, zur Stillung seines Leids darein zu

Digitized by Google

schlagen, entspricht auch die Pflicht, sich nicht zu rächen, sondern zu verzeihen, unseren Begriffen, so duldet unser Gefühl doch keine Strafe, der nicht unser Haß gegen den Verbrecher, oder wenigstens unsere Gleichgiltigkeit gegen seine Leiden, den Weg bahnt. Wo unser Mitleid mit dem Verbrecher beginnt, da endet nothwendig die Strafe, mag sie nun zur Erreichung des Strafzwecks genügen oder nicht. Bei uns also springt erst im Strafmaas die Strafe vom Sicherungszweck ab. — Die wohlverdiente oder gerechte Strafe im Sinn der Gegenwart ist mithin die, welche das Gefühl des Volks noch nicht zu Gunsten des Verbrechers stimmt, sondern gegen ihn gleichgiltig läßt. In der Betrachtung des Strafmaßes wird sich ergeben, welche Momente das Maas unseres Hasses oder unserer Indifferenz bestimmen.

Daß die Strafe vom Volk als Blutrache, dann als veredelte Rache wegen Störung des Friedens, hierauf als Mittel zur Erreichung der Sicherung angesehen worden ist, bestreitet eigentlich Niemand. Es handelt sich nur darum, was sie jetzt ist, und was sie früher hätte sein sollen, oder was sie früher nach der Vorstellung der Idealisten ohne das Bewußtsein des Volks war. Und da redet man nun von der sittlichen Natur der Strafe oder der Gerechtigkeit, und hält diese für ein Privilegium der Gegenwart. Welchen Sinn dieses Reden hat, ergiebt sich aus §. 16. — Die Blutrache war gerade so sittlich und gerecht wie unsere Strafe.

§. 21.

Die nicht zum Volkszweck gewordenen Wirkungen der Strafe.

Nicht zum Volkszweck ist geworden die Wirkung der Strafe den Verbrecher sittlich zu bessern und dadurch demselben den Frieden mit sich selbst und die Achtung der Menschen wieder zu verschaffen, selbst nicht einmal zum Nebenzweck. Das Volk hat nur allezeit Strafe verhängt, um die unangenehmen Wirkungen des Verbrechens für die Anderen zu beseitigen. Daß die Kirche

Digitized by Google

anders verfuhr, ist selbstverständlich, und daß Einzelne diese Wirkung der Strafe als deren sein sollenden Zweck aufstellten, deren Erstrebung mit einer fingirten Minderjährigkeit und Nacherziehungsbedürftigkeit des Verbrechers rechtfertigten, ohne welche man freilich Wohlthaten wider Willen nicht erzeugen konnte, sehr natürlich. Das Volk scheint sich aber noch nicht von der Vernünftigkeit dieser Ansicht überzeugt zu haben, und nicht geneigt zu sein die Interessen aller Anderen denen der Verbrecher zum Opfer zu bringen, so daß der oberste Grundsatz der wäre: man müsse erst zum Verbrecher werden, um Anspruch auf Berücksichtigung seiner Interessen zu erlangen.

Stahl *) bezeichnet als Zweck der Strafe: die Handhabung der äußern ethischen Ordnung auf Erden. An und für sich wäre das derselbe Zweck den Feuerbach aufstellt, und der auch im Volksdenken der Gegenwart liegt, nemlich der, die Geltung oder Befolgung der Rechts-Lebensregeln durch Strafe zu sichern, und wenn Stahl hinzufügt, daß die Ordnung durch Vernichtung oder Leiden dessen, der sich wider sie empört, gehandhabt oder widerhergestellt werde, so liegt hierin der weitere Gedanke: es werde die Geltung der Lebensregeln durch Unschädlichmachen des Verbrechers oder Abschreckung aller erreicht. Allein Stahl versteht unter ethischer Ordnung nicht die Lebensregeln, sondern den Staat als Subjekt gedacht. Es handelt sich ihm nicht darum, das Gesetz des Staates aufrecht zu erhalten, oder wiederherzustellen, sondern seine Herrlichkeit. Nach ihm fordert die Gerechtigkeit nicht, daß keine Gesetzesübertretung stattfinde, sondern daß kein gesetzwidriger Wille sich behaupte und den Sieg behalte, und der Böse selbst, muß, indem er zu Boden gedrückt wird, zur Verherrlichung der sittlichen Macht dienen. — Es liegt hierin die idealistische Vorstellung, daß der Staat zunächst sich selbst Zweck sei, und dann die weitere, daß es sein Zweck sei die Herr-

*) Philosophie des Rechts Band II.

Digitized by Google

lichkeit, d. h. die Annehmlichkeit des Befehlens zu genießen und sich durch das Bewußtsein zu befriedigen, daß ihm Alles unterthänig sei. Macht sich nun Einer durch Nichtbefolguug der Befehle des Staats selbst zum Herrn, so liegt es im Interesse des allein herrschen wollenden Staats am ersteren seine höhere Macht zu bewähren und ihn niederzudrücken. Dieser Sieg dient ihm zu seiner Verherrlichung, und die Strafe ist zum Mittel geworden, die Herrschsucht zu befriedigen. Erfolg, aber nicht Zweck der Strafe, — d. h. die Strafe wird nicht dieser Wirkung wegen gesetzt — ist die Geltung der Rechts-Lebensregeln, und dieser Erfolg kommt den Menschen zu gut.

Die Rechtfertigung der Strafe ist bei Stahl materialistisch, nemlich es rechtfertigt der gute Zweck das Mittel. Der Staat soll zur Strafe befugt und verpflichtet sein, weil es sein Wesen und seine ihm von Gott gesetzte Bestimmung ist, die äußere ethische Ordnung auf Erden zu handhaben, und die Strafe zur Erreichung dieses Zwecks ein dienliches Mittel erscheint.

Die Wirkung des Verbrechens im §. 19 unter II. 6. und die Wirkung der Strafe unter 5, Fortexistenz des verbrecherischen Willens zum Trotz des allgemeinen Willens und Wiederaufhebung des fortexistirenden verbrecherischen Willens, sind keine Wirkungen an deren Möglichkeit ich selbst glaube, sondern solche die Hegel *) sich denkt. Auch ihm kommt an sich nicht darauf an, daß die Lebensregeln befolgt werden, sondern daß der allgemeine Wille als solcher gilt, und die Nichtbefolgung der Lebensregel ist ihm nur in sofern von Bedeutung, als sich darin ein Widerspruch des Einzelwillens gegen den allgemeinen Willen bekundet. Die Wiederaufhebung des verbrecherischen Willens durch Strafe oder die objektive Wiederherstellung des Rechts aus seiner Verletzung stellt sich Hegel gerade so vor, wie die Beseitigung des Civilunrechts: es wird durch den Civilzwang die rechtswidrig weggenommene Sache

*) Grundlinien der Philosophie des Rechts.

Digitized by Google

und durch den Strafzwang der rechtswidrige Einzelwille, jene dem Eigenthümer, dieser dem allgemeinen Willen, restituirt. So viel ist mir klar geworden, daß Hegel unter dem Willen, der vernichtet werden muß, nicht das böse Wollen eines Menschen überhaupt, sondern den konkreten Entschluß, der zur That geworden ist, versteht, und somit seine Strafe zunächst weder als Besserung noch als Abschreckung erscheint. Auch leuchtet mir ein, wie Hegel zum Gedanken einer isolirten Existenz des konkreten Entschlusses gelangt ist, nemlich dadurch, daß bei ihm „der Gedanke realisirt sich," nicht heißt: der Mensch thut sinnlich in der Welt außer ihm, was er gedacht hat, er bringt eine sinnliche Veränderung in der Außenwelt hervor, wie er sie in seinem Denken vorgebildet hat, sondern: der Gedanke geht mit in die Außenwelt über, und das äußerliche Geschehen dient ihm zum Körper, in dem er fortexistirt. Was ich mir aber nicht erklären kann ist, wie sich Hegel denkt, daß dieser seinem Urheber entäußerte, zur selbstständigen Existenz gewordene, Wille durch ein dem Urheber des Gedankens zugefügtes Leid, z. B. durch eine Tracht Schläge, Hinrichtung, Einsperrung, wieder aufgehoben oder vernichtet werden kann. Es würde diese Wirkung meines Erachtens wenigstens eine Cohärenz des konkreten Willens mit dem Mensch, der ihn gehabt hat, und ein Fallenlassen des konkreten Willens durch den Mensch in Folge der Tracht Schläge ꝛc. voraussetzen. Ob die Vorstellung Hegels damit zusammenhängt, daß seine Existenzen keine wirklichen sinnlichen, sondern Gedankendinge sind, wer vermags zu ergründen? Soviel wird man mir aber zugeben, daß die Hegelsche Strafe, nicht die Strafe des Volks, sein Strafzweck nicht der des Volks ist. Erzeugte die Strafe neben anderen Wirkungen auch die, welche Hegel als ihren Zweck bezeichnet, so ließe sich freilich deduziren, daß das Volk, so lange Strafe existirt, damit auch dem Hegelschen Strafzweck gedient hat; mochte es sich rächen oder sichern wollen, immer vernichtete es mit der Strafe den verbrecherischen Willen und hob das Unrecht wieder auf.

Digitized by Google

Die wirkliche Strafe näherte sich dann in demselben Maas dem Ideal der Strafe, als die sonstigen Wirkungen der Strafe aus der Reihe der Strafzwecke gestrichen würden. — Das Phänomen, daß jede Gegenwart sich als das Ziel und den Zweck der ganzen bisherigen Vergangenheit setzt, scheint mir kein anderes zu sein, als das, daß jeder einzelne Mensch sich zum Mittelpunkt der Welt macht, und alle Begebenheiten in derselben auf sich bezieht.

Hegel rechtfertigt die Strafe auch gerade wie den Civilzwang, nemlich durch den Satz, die Gerechtigkeit fordere, daß der Zwang durch Zwang aufgehoben werde, weil sonst das Unrecht, und nicht das Recht, gelten würde. Diese Rechtfertigung besagt nichts weiter, als daß im Wesen des Rechts der Zwang liegt, daß wenn ich von einer Rechts-Lebensregel rede, ich die Durchsetzung derselben mit Gewalt schon mitgesetzt habe. Es paßt aber diese Rechtfertigung nur unter der Voraussetzung, daß der Strafzwang wirklich, und zwar direkt und unmittelbar, die Geltung des Rechtsgesetzes erzwingt, denn nur dieser und kein anderer Zwang ist gemeint, wenn man zum Wesen des Rechts die Erzwingbarkeit zählt. Da, wie gezeigt, diese Voraussetzung gar nicht beim Strafzwang vorliegt, so schwebt auch Hegels Rechtfertigung in der Luft.

Zu den absoluten Strafrechtstheorien zählen Hegel und Stahl die ihrigen, weil ihnen die Strafe nicht Menschenzwecken dient.

Nach v. Savigny *) hat der Staat das verletzte Recht an sich zu vertreten und wiederherzustellen, dadurch daß er im beschränkteren Gebiet des Rechts das in der höheren Weltordnung waltende Gesetz sittlicher Vergeltung nachbildet. Neben diesem höchsten Zweck, der juridischen Vergeltung, räumt er den Zwecken der Abschreckung, Besserung und Vermeidung von Selbsthilfe und Privatrache eine Berechtigung ein, läßt sie also als Nebenzwecke der

*) System des heutigen röm. Rechts I. S. 26 und Obligationenrecht II. S. 301.

Digitized by Google

Strafe gelten. — Wie sich nun v. Savigny die Wiederherstellung des verletzten Rechts an sich durch juridische Vergeltung denkt, was er überhaupt unter dem Recht an sich versteht, erhellt nicht, und es muß darum von dem Versuch, die Entstehungsweise dieses Gedankens zu erklären, Umgang genommen werden.

Während die Strafe in Wirklichkeit Rache des Verletzten und der Genossenschaft gewesen ist, hat man später geglaubt aus ihr jede Befriedigung wirklich vorhandener Interessen beseitigen und sie zur Vernunftrache oder zur Genugthuung, d. h. eben der Rache des Rechts selbst, machen zu müssen *). Man mußte nothwendig zu dieser Vorstellung kommen, sobald man die Bedeutung von Sittlichkeit und Recht für die Menschen verkannte, und die sittlichen Lebensregeln als Selbstzwecke ansah. — Die Strafe war Rache, Genugthuung, das ließ sich nicht bestreiten. Waren es nicht die Menschen, denen diese Genugthuung zu Theil wurde, so mußte es wohl ein anderes Subjekt sein, und zwar da wo die Idee der Selbstrache oder der Bestrafung um dem eignen Gewissen des Verbrechers genug zu thun nicht herrschte, das Recht selbst. Daß die Rache vernünftig sei, ergab sich daraus, daß sie als Lebensregel im allgemeinen Bewußtsein vorgefunden wurde, und damit war sie natürlich auch gerechtfertigt.

§. 22.

Die Grenzen der Strafe und die Schuld.

Ich sagte, daß nach dem Volksgedanken oder Rechtsbewußtsein der Gegenwart der Zweck der Bestrafung der Verbrecher Verhinderung zukünftiger Verbrechen, jedoch die Verfolgung dieses Zwecks durch das Volksmitleid mit den Schmerzen des Bestraften beschränkt sei, die Steigerung des Strafübels also da ein Ende finde, wo der Volkshaß oder die Volksindifferenz mit den Leiden

*) Man sehe z. B. Richter das philosophische Strafrecht. — Geisen, teutsches corpus juris (1715), nennt S. 678 die Strafe: „öffentliche Zucht-Rache."

Digitized by Google

des Verbrechers aufhöre. — Dieser Ansicht entspricht auch die Formulirung der Strafe Seitens unserer meisten Juristen; nur daß sie stets da vom Sollen reden, wo sie allein vom Sein zu sprechen hätten. Die Strafe ist nach ihnen nothwendig zur Aufrechthaltung der Rechtsordnung, nemlich um Uebertretungen der Gesetze, Verbote oder Gebote, zu hindern. Allein dieser Zweck darf nicht zum Vortheil des Ganzen auf Kosten des Einzelnen erstrebt werden, und Strafe nicht weiter gehen, als sie *verdient* oder *gerecht* ist. Die Gerechtigkeit bezeichnet die *Grenze* der Strafe, oder die Verfolgung von Strafzwecken setzt eine bereits gerechtfertigte Strafe voraus.

Hätten die *Juristen* diese Wirkung zum Zweck der Strafe erhoben, er wäre sicherlich nicht gerechtfertigt, weil der Zweck nicht das Mittel heiligt. Ihre Rechtfertigung findet die Verfolgung dieses Zwecks *allein* in dem Volksurtheil, daß dadurch die Wohlfahrt Aller gefördert werde, und es würde uns ohne Zweifel die völlig schrankenlose Verfolgung dieses Zwecks gerechtfertigt, und die daraus hervorgehende Strafe als verdiente und gerechte erscheinen, wenn eben das Volk diese schrankenlose Verfolgung des Zwecks billigte. Vernunft und Rechtsgefühl der Einzelnen folgten unfehlbar dem Volksurtheil als ihrer Autorität nach, und die Juristen bewiesen aus zahllosen Gründen, daß es so sein müßte. Aber das Volksurtheil billigt die schrankenlose Verfolgung des Sicherungszwecks so wenig, wie es die schrankenlose Verfolgung des Rachezwecks billigte. Das Volk will lieber ungesichert sein, als da noch strafen, wo ihm die Strafe zuwider ist, wo diese sein Gefühl verletzt; es stellt die Lebensregel auf, daß die allgemeine Befriedigung größer sei, wenn die Empfindungen der Menschen durch die Strafe nicht verletzt werden, sollte auch die Sicherung nicht vollständig erzielt werden, als wenn bei vollständigerer Erreichung dieses Ziels die Wirkung der Strafe eine Verletzung des Gefühls Aller ist. Es scheint ihm der allgemeine Nutzen der grausamen Strafen — d. h. eben der gefühls-

Digitized by Google

verletzenden, so daß dieser Begriff völlig relativ ist — den Schaden derselben nicht aufzuwiegen. Und wir Einzelnen werden uns bescheiden müssen, daß das ganze Volk am besten weiß, was zu seiner Befriedigung dient. — Insofern man nun etwa meint, es sei das Interesse der Verbrecher an sich, welches das Volksurtheil zur Verminderung der Strafe bestimme, es finde eine Kalkulation über die zur Sicherung nöthige Strafe statt, so daß das Minimum des Erforderlichen als die Grenze der Strafe angesehen werde, oder daß es Sache der Criminalpolitik sei, von der gerechten Strafe das nöthige Quantum zur Sicherung zu verwenden, so irrt man sicherlich, wie die Strafausmessungsmomente klar und deutlich belegen. Unsere Strafe geht bald über dieses Minimum hinaus, bald bleibt sie hinter ihm zurück, und es ist das Denken überhaupt gar nicht auf das Finden dieses Minimums gerichtet. Die gerechte und verdiente, d. h. die dem Rechtsbewußtsein und Rechtsgefühl entsprechende Strafe ist vielmehr die, welche am allgemeinen Mitleid ihre Schranken findet, und bis an diese Schranke geht die Strafe ohne alle Rücksicht auf den Verbrecher und ohne zu ermitteln, wieviel Strafe zur Abschreckung nöthig ist, vor, und zwar selbst da, wo man meinen sollte, es läge zu nahe das Mittel nach dem Zweck zu gestalten, nemlich auch bei sämmtlichen Polizeivergehen, indem sich auch hier die Strafe mit der Gefahr erhöht *). Daß Einzelne nun meinen, je größer die Gefahr, einer desto größeren Strafe bedürfe es, um den Strafzweck zu erreichen, ändert an der Sache nichts. Sie haben eben den Volksgedanken falsch verstanden und sich über die Strafwirksamkeit geirrt, nicht

*) Z. B. wer bei kühler, feuchter, windstiller Witterung im Wald Feuer anzündet, wird mit 1½ Thlr., wer im Sommer bei warmer oder zu anderen Jahreszeiten bei trockner oder stürmischer Witterung im Wald Feuer anzündet mit 10 Thlr. bestraft; wer Taback aus einer Pfeife raucht mit einem Deckel wird gelinder bestraft als der, welcher aus einer Pfeife ohne Deckel raucht.

Digitized by Google

das Volk. Die Juristen haben also recht, wenn sie sagen, die zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung gesetzte Strafe dürfe nicht über das Verdienst hinaus gehen, aber sie sagen damit nichts weiter als: wir beugen uns der Autorität unseres Rechtsbewußtseins. Die Entstehungsweise desselben haben sie nicht untersucht, und die Meinung, der Inhalt desselben oder das Maas des Verdienstes, sei zu allen Zeiten dasselbe, ist ein Irrthum, vielmehr das Maas heut ein anderes, als in der Vergangenheit.

Fragt man: wonach richtet sich denn die verdiente Strafe? so erhält man zur Antwort: nach der Größe der Schuld. Es ist diese Antwort zwar richtig, allein man kann mit gleichem Recht sagen: die Größe der Schuld richtet sich nach der Größe des Verdiensts, denn „Schuld" hat an sich keinen Inhalt, sondern bedeutet dasselbe wie Pflicht, und den Inhalt bekommen Schuld und Pflicht erst durch die Momente, welche jene erzeugen, Schuld sagt nur, daß Jemand schuldig ist Strafe zu leiden, und Schuldbewußtsein ist zunächst nichts weiter als das Bewußtsein Jemandes, daß er verpflichtet sei, Strafe über sich ergehen zu lassen. Mit einem Wort: criminalistische Schuld ist gleichbedeutend mit civilistischer, mit Debitum.

Sage ich: es darf kein Verbrecher über seine Schuld hinaus bestraft werden, so heißt das: das positive Recht darf keine größere Strafe verhängen, als dem Rechtsbewußtsein des Volks entspricht, als der Verbrecher nach diesem zu leiden schuldig ist. Es ist eine Ungerechtigkeit, eine härtere als diese Strafe zu verhängen, es muß dann Einer mehr leisten oder leiden, als er zu leisten oder zu leiden die Verpflichtung hat.

Nun wird aber „Schuld" nicht blos auf die Strafe, die Einer zu leiden schuldig ist, sondern auch auf die Ursache der Schuld, das Verbrechen bezogen. Einmal bedeutet denn Schuld oder Verschulden, daß die Voraussetzungen der Strafe überhaupt vorliegen, wie sie im §. 17 angegeben worden sind, dann die Momente selbst, welche die Größe der Schuld, als Pflicht

Digitized by Google

Strafe zu leiden, bestimmen. Wenn ich also „Schuld" im zuletzt erwähnten Sinn gebrauche, und sage: die Größe der Strafe richtet sich nach der Größe des Verschuldens oder der Schuld, dann sage ich nichts weiter, als: die Größe der Strafe richtet sich nach den Momenten, welche die Größe der Strafe bestimmen, d. h. ich habe eigentlich gar nichts gesagt.

Der Ausdruck „Schuld" läßt sich nun ebensowol für die Sittlichkeit als das Recht verwenden, und von sittlicher Schuld wie von rechtlicher reden. Die Bedeutung ist in beiden Fällen dieselbe, und Schuld überall nur ein formaler Begriff. — Die Schuld wird zu einer an das eigene Gewissen, die Buße oder Tilgung der Schuld zu einem inneren Akt der Reue und Besserung, die Demüthigung vor dem Verletzten zu innerer Zerknirschung, die Versöhnung mit dem Feind zur Versöhnung mit sich selbst, und der äußere Friede zum Frieden mit dem eigenen Gewissen. —

Man hat nun gesagt: Strafe sei Vernichtung der Schuld am Schuldigen, oder Tilgung der verbrecherischen Schuld. — Wohl, das ist richtig und klingt voll. Aber es drückt diese Phrase nichts weiter aus, als wenn ich sage: Zahlung von 100 Thlr. ist Vernichtung oder Tilgung meiner Darlehnsschuld. „Schuld" ist hier offenbar in der ersten Bedeutung von: „schuldig sein, Strafe zu leiden," gebraucht, und die Strafe tilgt und vernichtet nichts weiter als meine Pflicht mich strafen zu lassen, die ich erfüllt, nachdem ich Strafe erlitten habe.

Es ist bemerkt worden: wenn der Verbrecher zur Erreichung eines bestimmten Zwecks gestraft werde, so würdige man ihn zum Mittel für die Zwecke Anderer herab. — Aber es geschieht das in der Strafe nicht mehr und nicht weniger als beim Schadensersatz, und überhaupt bei jeder Pflichterfüllung, und es liegt nicht entfernt etwas Herabwürdigendes darin, wenn die Pflicht sich auf ein für Jedermann geltendes Gesetz gründet, und somit eine gegenseitige ist. Es beruht dieser Einwand einerseits auf

Digitized by Google

der richtigen Voraussetzung, daß jeder Mensch Selbstzweck sei, — während man andererseits diese Voraussetzung sofort mit dem Satz umwirft, die Sittlichkeit und das Recht sei nicht der Menschen wegen da, und gleichwol müßten sie ihm dienen.

Drittes Kapitel.

Die Strafwirksamkeit.

§. 23.

Die Fähigkeit der Strafe Verbrechen zu verhindern.

Wie die Strafe als Rachemittel wirkt, wurde bereits im §. 19 angedeutet: das Zorngefühl oder der Rachedurst legt sich und es findet in Folge dessen eine Aussöhnung zwischen dem Verbrecher und dem sich Rächenden statt, das Verbrechen ist gesühnt, wenn der Verbrecher als der leidende, gedemüthigte Theil sich darstellt.

Es handelt sich daher hier im Näheren lediglich darum, in welcher Weise die Strafe vor drohenden Verbrechen sichert. Sie kann das durch Unschädlichmachen einer Person, durch Besserung derselben, und durch Abschreckung aller. In welcher Weise man eine Person unschädlich macht, habe ich nicht weiter auszuführen. Es geschieht bekanntlich durch Tödtung, Verstümmelung, Einsperrung und Deportation. Dieses Unschädlichmachen wird in der Gegenwart zwar häufig eine Wirkung der Strafe sein, an der man Freude hat, aber niemals die mit Zufügung der Strafe direkt beabsichtigte Wirkung, der Straf-Mittelzweck.

Die Strafe bessert, wenn, wie im §. 8 bereits ausgeführt ist, das schlummernde Gewissen des Verbrechers geweckt wird, und Vernunft und Rechtsgefühl im Menschen zur Herrschaft ge-

Digitized by Google

langen. Sie bessert auch dann, hält wenigstens von Verbrechen ab, wenn das Motiv im Menschen, welches ihn zum Verbrechen bestimmte, hinweggeräumt, z. B. an die Stelle der Arbeitsscheu Gewöhnung an Arbeit, und an die des Ungeschicks zur Arbeit Geschicklichkeit gesetzt wird.

Es leuchtet ein, daß diese Wirkung nicht die einer jeden Strafe, sondern nur besonderer Strafarten sein kann, sowie daß der Eintritt dieser Wirkung unter allen Verhältnissen als ein sehr problematischer erscheint. Es ist darum das Hervorbringen dieser Wirkung im Volksbewußtsein nicht als Mittelzweck der Strafe, als diejenige, derenwegen die Strafe zugefügt wird, sondern als Nebenzweck gesetzt. — Die Anregung dazu gab die Erscheinung, daß die Verbrecher aus den alten Zuchthäusern sittlich verdorben und mehr als früher zu Verbrechen aufgelegt hervorgingen. Die Verbrecher bildeten gewissermaßen ein Volk für sich, und erzeugten, gleich dem Volk, Lebensregeln, die allein auf die Interessen der Verbrecher basirten, und es trat an die Stelle der Vernunft und des Rechtsgefühls als Wissen um die Volkslebensregeln und Glaube an die Volksautorität u. s. w. eine Abhängigkeit der einzelnen Verbrecher von der Autorität der Gesammtheit der Verbrecher und der durch sie gebildeten Lebensregeln. Diese schädliche Wirkung der Strafe wollte man beseitigen, indem man die Verbrecher isolirte, und so einestheils die Bildung verbrecherischer Lebensregeln an sich, wie anderestheils das Einleben der Einzelnen in diese Regeln zu hindern gedachte. Selbstverständlich kann die Absicht, diese schädliche Wirkung der Strafe zu verhindern, nicht der Zweck der Zufügung der Strafe sein.

Es sind denn in der That auch nur sehr Einzelne, welche behaupten, Zweck der Strafe solle Besserung der Verbrecher sein, und zwar insbesondere solche, die den Verbrecher nicht zur Verhinderung künftiger Verbrechen im allgemeinen Interesse, sondern seinetwegen bessern wollen.

Digitized by Google

Denen, welchen Strafe in erster Linie Besserung des Verbrechers bezweckt und denen, welchen sie überhaupt keinen Zweck hat, gehört es natürlich nicht zum Wesen der Strafe, daß sie ein Uebel für die Verbrecher ist *) und von diesem als Pein, poena, empfunden wird, während sich eine Strafe, die nicht Pein ist, vom Standpunkt der Rache und Abschreckung gar nicht denken läßt. Im Bewußtsein des Volks ist denn auch ohne allen Zweifel die Strafe eine Pein des Bestraften, und darum soll es auch unsere wirkliche Strafe sein, und ist es.

Ist Rache nicht mehr Endzweck der Strafe, sind Unschädlichmachen und Bessern keine Mittelzwecke zur Verhinderung von Verbrechen, sondern Nebenzwecke, so bleibt für unsere Strafe kein weiterer Mittelzweck zur Verhinderung von Verbrechen übrig, als die Pein des Bestraften zu bewirken, und durch Aussicht auf sie zur Unterlassung von Verbrechen zu bestimmen, oder: Mittelzweck unserer Strafe ist die Abschreckung.

Ich habe es ausgesprochen, das Wort, welches die „Wissenschaft" seit Jahrzehnten zu überwinden bemüht gewesen ist. Natürlich hat sie nichts weiter überwunden als das Wort, die Sache selbst ist unangefochten stehen geblieben und heißt jetzt „Repression," oder „repressive Kraft des Strafgesetzes." Aber wie erklärt sich diese allgemeine Scheu vor einem bloßen Wort? Auf diese Weise: das Wort hat in den jüngst verflossenen Jahrhunderten eine Nebenbedeutung erhalten, die dem Gefühl und dem Bewußtsein des Volks in der Gegenwart widerstrebt. „Abschreckung" hieß die das menschliche Gefühl empörende Mißhandlung der Verurtheilten, durch deren Anschauung das Publikum gehindert werden sollte, Verbrechen zu begehen.

*) Man s. z. B. Richter das philosophische Strafrecht, welcher behauptet, der Gerechtigkeit liege nichts daran, daß der Bestrafte die Strafe als Uebel empfinde, die Strafe sei eine Wohlthat für den Verbrecher, wenn er kein Thor sei, sie söhne ihn mit seinem Gewissen und der Gesellschaft aus.

Digitized by Google

Ueber die Art und Weise wie die Strafe abschreckt, oder das Strafgesetz eine repressive Kraft äußert, ist insbesondere zur Zeit Feuerbachs eine Reihe von Vorstellungen aufgetaucht, die man in Verbindung mit einer bestimmten Art, die Strafe zu rechtfertigen, „Strafrechtstheorien" nannte. Man war darin einig, daß die Strafe Verhinderung von Verbrechen bezwecke, stritt sich aber sowohl über den näheren Hergang der Verhinderung, wie über die Begründung des Rechts, durch Strafe Verbrechen zu verhindern. So hatte man: eine Theorie der Generalprävention, eine Theorie der Spezialprävention, eine Theorie der Abschreckung durch Zufügung der Strafe, eine Theorie der Abschreckung durch Androhung der Strafe und eine Besserungstheorie, neben welchen dann die verschiedenen absoluten oder Gerechtigkeitstheorien herliefen, und bald für sich allein, bald in Verbindung mit einer Nutzungstheorie vorkamen, von der Eintheilung der Theorien nach der Art, die Strafe zu rechtfertigen, zu schweigen. —

Man hat öfters diesen „Strafrechtstheorien" einen Einfluß auf das wirkliche Leben zugeschrieben, den sie in der That nicht entfernt haben *). Sie sind vielmehr sämmtlich Versuche sich

*) Kersting, das Strafrecht in Kurhessen, z. B. stellt die Ausdrücke des geschriebenen Rechts seit dem 16. Jahrhundert bis in die Gegenwart in folgenden fünf Gruppen zusammen:

1) Damit Gott desto gnädiger und barmherziger sei, zur Heiligung des Namens Gottes, Versöhnung Gottes Zorn, Gott zu ehren damit Gottes Zorn und Strafe von Land und Leuten abgewendet werde;

2) Pflanzung ehelichen züchtigen Lebens, christlicher Einigkeit und ordentlicher Sitten, und Förderung gemeinen Nutzens;

3) Warnung und Abschreckung;

4) wohlverdiente Strafe, damit die Schuldigen nicht ohne Strafe ausgehen;

5) Besserung.

K. nimmt an, die Stellen deuteten einigermaßen Perioden an, und ergäben zugleich, daß in einem und demselben Straf-Erlasse von verschiedenen Zwecken ausgegangen werde. Die Gottesfurcht, die Sorge für ein sittliches christliches Leben und für die Abwendung alles Schadens, die

Digitized by Google

das Wirkliche, die vorhandene und geltende Strafe, zu erklären. An und für sich ändert es nichts an der Sache, daß die Theoretiker nicht sowohl behaupteten, so sei die Strafe, sondern: so solle sie sein, wenn es sich gleich nicht bestreiten läßt, daß die Ansichten einzelner hervorragender Männer auf die Gesetzgebung und das positive Recht hier und da Einfluß geübt, und dadurch das positive Recht mit dem Rechtsbewußtsein des Volks in Widerspruch gebracht haben.

Was die Strafe als Mittel zur Befriedigung der Herrschsucht anlangt, so ist deren Wirkung zunächst auf den Bestraften

---

Abschreckung, die moralische Verschuldung, die Besserung: dies alles stelle sich als Grund und Zweck der Strafandrohung dar. Er folgert daraus, daß das kurhessische Strafrecht im Ganzen von einer bestimmten Theorie nicht ausgehe, sondern von den herrschenden Theorien einer bestimmten Zeit beeinflußt worden sei. — Diese Ansicht ist ein Irrthum, wie sich aus den von K. zitirten Stellen selbst ergiebt. Alle die erwähnten Straferlasse haben keinen anderen Zweck, als Verbrechen, und zwar durch Furchterregung, zu verhindern. Selbst da wo sich der Gesetzgeber des Ausdrucks „Besserung" bedient, will er zunächst abschrecken: wie man ja schon vor langer Zeit über die Thüren der Zuchthäuser „Besserungsanstalt" schrieb. Alles das steht ausdrücklich in den Gesetzen. Die hervorgehobenen Ausdrücke beziehen sich theils auf den Beweggrund zum Verbot, seinen Endzweck, theils auf die Strafwirksamkeit, theils auf das Strafmaas. Von einer Satisfakzion Gottes durch die Strafe ist keine Rede, Gott wird versöhnt durch Verhinderung der Verbrechen, resp. durch das Streben der Obrigkeit danach. Seine Ehre wächst, wenn die Verbrechen unterbleiben. Bei der zweiten, dritten und fünften Gruppe drücken die angeführten Worte selbst den Zweck, Verbrechen zu verhindern, aus. Bei der vierten Gruppe handelt es sich um Verhinderung von Wilddiebstahl, und der Gesetzgeber beruhigt sich gegenüber dem etwaigen Vorwurf, daß Wild und Menschenleben — er droht nemlich den Wilddieben Hinrichtung mit dem Strang vom Leben zum Tod — in keiner Proportion ständen, mit der Versicherung, die Strafe sei wohlverdient. Carpzov pr. nov. q. 84 führt den Beweis, daß die Proportion zwischen Wilddiebstahl und Todesstrafe vorhanden, und letztere eine wohlverdiente und gerechte sei. Es kommt dabei nemlich nicht blos auf den unmittelbaren Schaden, den Werth des Wilds, sondern vornemlich auf den mittelbaren Schaden und die Gefahr an.

Digitized by Google

berechnet, es soll dadurch dieses bestimmte Individuum unterworfen werden. Indessen leuchtet ein, daß wenn die Unterwerfung im Willen des Verbrechers, und nicht blos äußerlich, vor sich gehen soll, es nicht die erlittene Strafe sein kann, welche diese Unterwerfung bewirkt, sondern allein die Furcht vor Wiederholung des Unterwerfungsaktes, wenn eine fernere Auflehnung stattfände. Die Wirksamkeit der Strafe ist hier mithin ganz dieselbe, wie bei der Abschreckung überhaupt, selbst in der Richtung, daß nicht blos das bestrafte Individuum, sondern jeder der sonst zur Auflehnung Lust hätte, durch die Aussicht, daß sich an ihm die höhere Macht des Staats bewähren möchte, zur Unterwerfung bestimmt wird. —

§. 24.

Die Abschreckung.

Die Strafe als ein Uebel, eine Pein, für die Bestraften, schreckt vom Verbrechen ab, wenn sie Einer als Wirkung des Verbrechens denkt, und ihm diese schädliche Wirkung die guten oder angenehmen Wirkungen des Verbrechens für ihn paralisirt, so daß ihm das angenehme um den Preis der Strafe zu theuer ist. Ganz gleiche Wirkung wie die Strafe haben alle üblen Folgen des Verbrechens für den Verbrecher, insbesondere auch die Pflicht zum Schadenersatz und der drohende Polizeizwang. Die nothwendige Voraussetzung dieser Wirkung der Strafe ist, daß Einer an ihren Eintritt glaubt, oder ihn wenigstens für wahrscheinlich hält, und Strafdrohung wie Strafzufügung haben hier keine andere Bedeutung, als diesen Glauben hervorzubringen. Kant*) sagt: tödtest du den Andern, so tödtest du dich selbst, schlägst du den Anderen, so schlägst, du dich selbst u. s. w. Er hätte nicht nöthig gehabt jede Handlung einzeln zu nennen, sondern konnte

*) Metaphisische Anfangsgründe der Rechtslehre.

Digitized by Google

sagen: fügst du dem Andern ein Uebel zu, thust du überhaupt Unrecht, so schadest du dir. Derjenige, bei welchem dieses Bewußtsein vorhanden ist, wird schwerlich ein Verbrechen begehen, sondern die Selbstliebe ihn hindern, sich zu einem solchen zu entschließen.

Die Menschen werden an die Strafe als Wirkung des Verbrechens glauben in demselben Maas, in welchem sie an den Willen und die Macht des Staates zu strafen glauben. Sowol die Drohung als die Vollziehung sind geeignet diesen Glauben zu erwecken. Jene genügt, wenn sonst schon feststeht, einmal, daß der Staat thut, was er gesagt hat, daß er thun *wolle*, dann daß er die Kraft hat, zu vollbringen, was er will. Zu letzterem gehört auch das Entdecken und Festhalten der Verbrecher. Je *öfters* dieses erfolgt, desto allgemeiner wird der Glaube der Menschen an die Strafe als Wirkung des Verbrechens verbreitet sein. Die Vollziehung der Strafe bringt den Glauben an sie überhaupt nur insofern hervor, als sie *nicht* als vereinzelter Akt, sondern als Ausfluß eines Grundsatzes erscheint, und beweist dem Zweifelnden, daß der Staat den Willen und die Kraft hat zu strafen. Folgte die Vollziehung der Drohung nicht nach, so würde natürlich vom Glaube des Volks an die Strafe gar keine Rede sein können.

In der Gegenwart wird ein Zweifel an dem Willen und der Kraft des Staates Verbrecher zu bestrafen nicht aufkommen, vielmehr Jedermann ohne weiteres an das Vorhandensein beider Momente glauben. Nur die *Entdeckung* des Verbrechers kann zweifelhaft sein, und fast alle begangene Verbrechen werden in der Hoffnung des Verbrechers, unentdeckt zu bleiben, verübt, mit Ausnahme der wenigen, die in einer Gemüthsbewegung ihren Grund haben, welche den *Verstand* überhaupt nicht zu Wort kommen und nicht an die Folgen der That denken läßt, oder wenn sich die Person die Strafe überhaupt nicht als ein *solches* Uebel denkt, das im Stande ist zum Motiv der Willensbestimmung zu werden, neben dem Wunsch die angenehmen Folgen des Verbrechens

Digitized by Google

zu genießen. Anders verhielt es sich zum Theil in der Vergangenheit, wo die öffentliche Gewalt schwach, die Gesellschaft der Verbrecher aber stark war, und der Sieg zwischen beiden oft schwankte. Hier handelte es sich darum, die höhere Macht der Gemeinheit, z. B. einzelner Städte, gegenüber den Räuberbanden zu beweisen, und das geschah eben durch die Strafvollziehung. Galgen und Rad, Oeffentlichkeit der Strafvollziehung, Hängenlassen der Hingerichteten am Galgen u. s. w. erschienen nöthig, um den Glauben an den Willen und die Macht des Staates zu strafen, zu erzeugen. Hierzu kam das weitere Bedürfniß, durch die Strafvollziehung zu zeigen, wie man strafte*).

Sodann war die Vorstellungsweise eine allgemeine, daß die vollzogene Strafe sowol im Gemüth des Bestraften als der Zuschauer ein Bild der drohenden Strafe erzeuge, das um so wirksamer sei, je deutlicher es dem Gemüth eingeprägt, so daß die repressive Kraft des Strafgesetzes in demselben Maas nachlasse, je mehr dieses Bild erblasse, während man den blosen Gedanken an die Strafe, ohne sie an sich oder wenigstens an Andern erlebt zu haben, nicht für genügend ansah, Beweggrund zum Unterlassen von Verbrechen zu werden. — Es ist diese Vorstellungsweise aus dem Bewußtsein der neueren Zeit fast völlig verschwunden. Täuschte sich das Volk von ehedem, oder beruht die Veränderung der Volksansicht nicht sowol auf einer Erweiterung der Einsicht, als auf dem Hinwegfallen eines in der That früher vorhandenen Bedürfnisses? Möglich wäre letzteres nur, wenn die Masse des Volks in früherer Zeit außer Stand gewesen, sich von den in einer bestimmten Strafe liegenden Leiden ohne Anschauung einen deutlichen Begriff zu bilden, und diesen festzuhalten.

*) Carpzov pr. nov. q. 90. N. 18 bemerkt: „prudentissime introductum est, ut cadavera facta executione rotae affigantur, quo praetereuntes admoniti a robborio et spolio in viis publicis abstineant." m. s. a. l. 28 §. 15 (48. 19).

Digitized by Google

Es würde dieses eine uns fremd gewordene Unbehilflichkeit im Denken neben dem Vorhandensein eines lebhaften Erinnerungsvermögens unterstellen. Jedenfalls war aber diese Vorstellungsweise ein Grund für die öffentliche feierliche Vollziehung der Strafen und das jeweilige Exempelstatuiren, welches das wegen Länge der Zeit erblaßte Bild der Strafe in den Gemüthern der Menschen wieder auffrischen sollte.

Die Theorien der Spezialprävention und der Abschreckung der Zuschauer durch Anschauung der Leiden des Bestraften beruhen im wesentlichen auf dieser nun veralteten Vorstellung, und man thut wohl unrecht, wenn man Einem die Meinung zutraut, daß die erlittene Strafe an und für sich, mag sie nun Jemand selbst erlitten, oder gesehen haben, wie sie ein Anderer erleidet, zum Beweggrund werden könne, Verbrechen zu unterlassen.

Freilich ist die Frage, ob die Todesstrafe öffentlich zu vollziehen sei oder nicht, auch jetzt noch nicht vollständig erledigt, und Gelehrte, die sonst die Abschreckungstheorie für grundlos und unwirksam erklären, sind der Meinung, daß die öffentliche Vollziehung der Todesstrafe nothwendig sei, weil der Nebenzweck der Abschreckung von dem Gesetzgeber nicht unberücksichtigt gelassen werden dürfe. Sie meinen also, daß dieser Zweck nicht erreicht werde, wenn das Publikum die Hinrichtung nicht selbst mit angesehen habe. — Ist aber das Selbstempfinden der Strafe oder das Mitansehen der Strafvollziehung kein Bedürfniß für die Gegenwart mehr, können sich die Menschen auch ohne dieses eine zureichende Vorstellung von den in einer Strafe liegenden Uebeln machen, ist überhaupt bei dem Mitansehen der Strafvollziehung nur auf die sinnlichen Leiden des Gestraften gerechnet, so bleiben für die öffentliche Vollziehung keine andere Gründe übrig, als einestheils der, daß das Volk zu seiner Genugthuung diese Art der Strafvollziehung bedürfe, anderentheils der, daß es das Bedürfniß habe, die Strafvollziehung zu kontrolliren. Ob einer dieser Gründe bei einem bestimmten Volk zutrifft, ist eine That-

Digitized by Google

frage. — Daß die öffentliche Vollziehung in älterer Zeit, wo die Strafe Rache bezweckte, ihren Grund wesentlich darin hatte, dem empörten Gefühl des Volks Genugthuung zu gewähren, kann nicht zweifelhaft sein. Es bedurfte hierzu auch solcher Strafarten, deren Wirksamkeit alsbald in die Sinne fiel. Auch jetzt ist der Gedanke noch nicht völlig verschwunden, daß wer öffentliches Aergerniß giebt, öffentlich büßen müsse.

Man hat öfters die Möglichkeit der Abschreckung von Verbrechen durch Strafen bestritten, also, daß der Glaube an den Eintritt der Strafe, der Glaube Eines, daß er sich durch das Verbrechen selbst schade, statt, wie er wollte, zu nützen, zum Beweggrund werden könne, ein Verbrechen zu unterlassen. Man berief sich bald auf die Willensfreiheit, vermöge deren der Mensch auch das ihm Schädliche wollen und vollbringen könne, bald auf die täglich vorkommenden Verbrechen, welche die Nutzlosigkeit der Strafe als Abschreckungsmittel beweisen sollten, bald darauf, daß Furcht nicht die Eigenschaft aller Menschen sei, bald darauf, daß der zu Verbrechen Geneigte sich vorspiegele, der Strafe zu entgehen. — Ich fühle mich nicht berufen solche Gründe, die mit dem Volksbewußtsein aller Zeiten im Widerspruch stehen, zu widerlegen, bin aber der Ansicht, daß wenn diese Gründe wahr sind, das Volk nichts besseres thun könnte, als das gesammte Strafrecht über Bord zu werfen.

Und wenn man auch die Möglichkeit, durch Strafe Verbrechen zu hindern, nicht bestritt, vielmehr selbst zu diesem Zweck die Strafe verwenden wollte, so hielt man sich doch wenigstens für befugt, Feuerbach vorzuwerfen, daß bei ihm die Strafe allein auf die Sinnlichkeit berechnet sei, und dadurch die Würde des Menschen beeinträchtigt, er wie ein Thier behandelt werde. Ich habe aber nirgends gefunden, daß Feuerbach andere Strafmittel hat, als die übrigen Juristen, und es leuchtet ein, daß ein Strafmittel allein so wirkt, wie es in seiner Natur liegt, nicht wie sich Einer diese Wirkung vorstellt. Selbst wenn man nur allein

Digitized by Google

geistige Qualen, z. B. die aus Entziehung von Freiheit und äußerlicher Ehre oder aus Furcht vor dem Tod erwachsenden, hervorzubringen beabsichtigt, so wirken doch dieselben Strafmittel offenbar auch auf die Sinnlichkeit. Und umgekehrt, wenn man allein Zufügung sinnlicher Schmerzen will, z. B. durch Anwendung von Prügeln, Verstümmelung, Rädern u. s. w., so sind auch geistige Qualen die Folgen, und zwar bei der Prügelstrafe in dem Maas, daß man gerade der letzteren Wirkung wegen die Abschaffung dieser Strafart befürwortet. Wirkt die nemliche Strafe zugleich sinnlich und geistig, so läßt sich gar nicht einsehen, weshalb man vor der einen Wirkung die Augen schließen, und sie nicht mit in Rechnung bringen sollte, wie denn auch dem Volksdenken eine derartige Trennung völlig fremd ist. — Einen anderen Sinn hat freilich der Einwand, im Fall man die Abschreckung überhaupt verwerfen, und nur moralische Besserung zur Verhinderung von Verbrechen verwenden will.

Viertes Kapitel.

Das Strafmaas.

§. 25.

Das Verhältniß des Verbrechens zur Strafe.

Die Größe der Strafe, welche Einer zu leiden schuldig ist, oder der Schuld, richtet sich nach der Größe des Verbrechens. Dieser Satz ist stehen geblieben, ungeachtet sich die Zwecke der Strafe vollständig geändert haben, und jetzt eine völlig andere Wirkung der Strafe zum Zweck erhoben worden ist, als in älterer Zeit. Selbst die Momente, welche die Größe des Verbrechens bestimmen, sind im wesentlichen dieselben geblieben, keins ist verloren gegangen, wohl aber sind im Zeitenlauf neue hinzugetreten,

Digitized by Google

und haben die Herrschaft mit den früher vorhandenen getheilt. Aber die Beziehung der Momente ist eine andere geworden, sie schießen jetzt um einen andern Kern an, als früher. Die Größe des Verbrechens richtet sich in der Gegenwart nach dem Schaden, der Schlechtigkeit des Verbrechers wie sie sich aus der That ergiebt, und nach der Gefahr. In alter Zeit richtete sie sich allein nach dem Schaden, und nachher nach dem Schaden und der Schlechtigkeit. Also ist es nur die Gefahr, welche in der neueren Zeit als weiteres Moment hinzu kam.

Der Maßstab des Schadens entspricht der Rache des Verletzten. Als es Zweck der Strafe wurde, der sittlichen Entrüstung des Volks genug zu thun, kam der Maßstab der Schlechtigkeit des Verbrechers hinzu. Und seit der Zweck der Strafe Verhinderung von Verbrechen ist, wurde auch die Gefahr zum Maßstab für die Größe des Verbrechens. War das Verbrecherische erst das, was den Zorn des Verletzten aufregte, wurde es später zu dem, was die sittliche Entrüstung hervorbringt, so ist es jetzt das, was das Hervorbrechen des Mitleids zurück- und den Haß oder wenigstens die Gleichgiltigkeit des Volks gegen das Wohl des Verbrechers erhält.

Der Zorn des Verletzten entzündete sich an dem ihm zugefügten Schaden und richtete sich nach dessen Größe. Die Sittlichkeit des Verbrechers war dabei so sehr indifferent, daß, wenigstens in älterer Zeit, nicht einmal zwischen Absicht und Nachlässigkeit unterschieden wurde. Ja es erregten der Zufall und selbst Thiere und leblose Dinge, welche schadeten, den Zorn und wurden gestraft.

Die sittliche Entrüstung fand ihre Nahrung in der subjektiven Schlechtigkeit des Verbrechers, und hatte in dieser ihr Maas. Ihre Befriedigung wurde aber weder überhaupt allein, noch insbesondere mit Einem Schlag, zum alleinigen Strafzweck, sondern es lief neben diesem Zweck die Rache im gewöhnlichen Sinn als Strafzweck her. Aber je mehr jene in den Vordergrund und

Digitized by Google

diese zurücktrat, desto mehr erhielt das subjektive Moment bei Bestimmung der Größe des Verbrechens das Uebergewicht, die Schlechtigkeit über den Schaden, und es wurde letzterer schließlich fast nur zu einem Indiz für jene. Vom Standpunkt der sittlichen Entrüstung aus steigerte jedes Moment die Größe des Verbrechens, welches auf eine größere Unsittlichkeit des Verbrechers hinwies, und minderte die Größe des Verbrechens, was auf ein geringeres Maas von Unsittlichkeit hindeutete. Man hat deshalb nicht mit Unrecht den an Rachgier grenzenden Unwillen unparteiischer Zuschauer über die verruchte Bosheit als die Grundlage des Rechts zu strafen bezeichnet.

Schaden und subjektive Schlechtigkeit erregen auch jetzt noch unseren Haß gegen den, der ihn verübt, und den, der schlecht ist, und drängen unser Mitgefühl mit seinen Leiden zurück. Wir sind auch jetzt noch des Sinns wie sich die kurhessische Kirchenordnung vom 21. Oktbr. 1566 ausdrückt: „wer uns Gutes thut, der genießt es, wer uns Leids thut, der entgilt es," oder: dem Guten wünschen wir Gutes und dem Bösen Böses. Dieser Wunsch zur Volkslebensregel erhoben lautet: der Gute verdient Gutes, der Böse Böses *). Zur sittlichen Lebensregel konnte er nur werden, wenn im Sinne des Volks das Leben danach zur allgemeinen Befriedigung führte. Sobald der Satz ins allgemeine Bewußtsein der Einzelnen übergegangen war, kam es für seine Geltung auf seine Wirkungen und den Wunsch unseres Herzens nicht mehr an, er galt, weil er sich im allgemeinen Bewußtsein vorfand, und das Handeln danach war gerecht. — Aber in gleichem Maas macht die Furcht vor Verbrechen, oder die Gefahr, unser Mitleid

*) Verdienen heißt zunächst: für eine gute Handlung nach dem allgemeinen Bewußtsein auf einen Gegendienst berechtigt sein, wird also auf den Lohn bezogen. Nachher erhält dasselbe Wort auf die Pflicht und die Strafe Anwendung, und bedeutet: für eine schlechte Handlung verpflichtet sein, einen schlechten Gegendienst oder Strafe zu leiden. Das Belohnen ist nicht zur öffentlichen Angelegenheit geworden, wohl aus keinem andern Grund, als weil man ein allgemeines Bedürfniß dazu nicht empfand.

Digitized by Google

verstummen und läßt uns kalt gegen den Verbrecher. Darum richtet sich in der Gegenwart die Größe des Verbrechens nach Schaden, Schlechtigkeit und Gefahr. Alle unsere Strafausmessungsmomente, soweit sie im Rechtsbewußtsein des Volks Boden haben, beziehen sich auf jene drei, die nun wieder mehr oder weniger Verwandtschaft unter einander haben. Das Rechtsbewußtsein lehnt sich ganz entschieden gegen jedes Strafmaas auf, welches die Größe der Strafe anders, insbesondere unmittelbar nach ihrem Zweck, Verbrechen zu verhindern, bestimmen will, es ist uns ungerecht, d. h. eben es entspricht nicht der in unserem allgemeinen Bewußtsein enthaltenen, durch das Gesammtdenken des Volks gebildeten Strafregel. Daher ist auch unsere Strafe Wiedervergeltung, was wieder nichts weiter besagt, als daß sich die Größe der Strafe nach der Größe des Verbrechens richtet, während es eine Verkehrtheit wäre zu meinen, es ließe sich nun die Größe des Verbrechens *an sich* bestimmen, ein für alle Zeiten giltiges Maas der Größe des Verbrechens finden. Jede Zeit hat ihr eigenes Maas, das kein anderes ist, als diejenige Wirkung des Verbrechens, welche unsere Empfindungen verletzt. Es liegt das Maas *in uns*, auf die das Verbrechen wirkt, nicht außerhalb der Verletzten. Ein Verbrechen ist gerad so groß, als es unangenehm auf das Gefühl des Volks wirkt, und wo der Schaden diese Wirkung vorzugsweise hervorbringt, kann man von einem objektiven, und wo die Gesinnung des Verbrechers vorzugsweise diese Wirkung äußert, vom subjektiven Strafmaas reden. — Aber wie kommt es, daß wir nur dann dem Verbrecher seine subjektive Schlechtigkeit und die bloße Unsittlichkeit vergelten, wenn sie mit der Verletzung einer Rechts-Lebensregel zusammen trifft, bei der es sich doch nur darum handelt, daß das Gebotene geschieht und das Verbotene unterbleibt? Daher weil, wie bereits oben §. 20 gezeigt wurde, seit alter Zeit bis in die Gegenwart Rechts-Verbot und Strafe zwar stets neben einander vorkommen, so daß diese immer nur ein Accessorium jener ist, jedoch stets

Digitized by Google

das Gefühl der Strafe eine andere, als die auf Geltung des Rechtsgesetzes gehende, Richtung gegeben hat. Die Uebertretung des Rechtsgesetzes wurde so nur zu einer Bedingung der Strafe, die, sobald die Bedingung vorlag, ihr Ziel selbstständig verfolgte, und Alles in ihren Kreis zog, was das Gefühl verletzte, also auch das blos Unsittliche, und die subjektive Schlechtigkeit, insofern es mit der Uebertretung des Rechtsgesetzes zusammenfiel. Das empörte Gefühl, dem durch die Strafe Genugthuung geschehen sollte, oder welches wenigstens die Voraussetzung der Sicherungsstrafe ist, ließ sich nicht in rechtliche und blos sittliche Bestandtheile zerlegen, sondern war Eins und untheilbar. Darin liegt aber zugleich auch die Beschränkung des Maaßes des Verbrechens und der Strafe auf die Momente, welche mit der Uebertretung des Rechtgesetzes zusammenfallen. Es handelt sich hier darum, wie die That, als zugleich rechtswidrige und unsittliche und die subjektive Schlechtigkeit des Verbrechers offenbarende, auf das Gefühl der Menschen wirkt. Alles was jenseits der That liegt, das sonstige Leben und die Gesinnung des Verbrechers überhaupt, läßt sich auch im Gefühl der Menschen von dem, was die That wirkt, scheiden, und verfällt darum nicht der strafrechtlichen Beurtheilung. Zwar ist das Ideal der Strafe eine Vergeltung, die dem ganzen Menschenleben nach allen Seiten hin entspricht, so daß alles was der Mensch jemals gedacht und gethan hat, was er ist und wie er handelte, in ein Bild zusammen gefaßt wird, und die Größe der Schuld und Strafe mit der sittlichen Entrüstung harmonirt, die dieses Gesammtbild bewirkt. Aber fast alle sind einverstanden, daß es nicht der Beruf der Menschen sein kann, dieses Ideal zu verwirklichen, um so weniger, als ihnen die idealen Richter-Eigenschaften fehlen, welche nothwendige Voraussetzungen der Realisirung des Ideals sein würden: die Allwissenheit und die Allmacht.

Die Strafe ist darum nicht geringer, wenn nur Ein Moment die Größe des Verbrechens bestimmt, als wenn mehrere

Digitized by Google

Momente zu diesem Ende zusammenwirken. Sobald ein neues Moment hinzutritt büßen vielmehr die bereits vorhandenen Momente an Heftigkeit der Wirkung ein.

Ein absolutes Strafmaas konnte es überhaupt nur so lange geben, als der unmittelbare Schaden des Verletzten allein das Maas für die Größe des Verbrechens, und damit auch für die Strafe, war. Man fügte einfach dem Verbrecher denselben Schaden zu, den er dem Verletzten verursacht hatte. Nach dem Volksurtheil genügte eine solche Vergeltung, um den Zorn des Verletzten zu besänftigen; wenigstens hielt man es nicht im allgemeinen Interesse weiter zu gehen, sei es aus Rücksicht auf den Verbrecher, sei es aus Rücksicht auf das Gefühl aller. — Dieser Maßstab büßte aber bereits an Absolutheit oder Sicherheit ein, als man die Talion aufgab, und es sich nun darum handelte, Schaden aus dem Verbrechen und Schaden aus der Strafe im Begriff des Werths zu gleichartigen Größen zu machen. Man hatte nun erst festzustellen, wie sich z. B. Gefängniß und Körperverletzung als Uebel zu einander verhalten, und diese Werthschätzung mußte sich in demselben Maas ändern, in welchem der eine Faktor im Werth sank, und der andere sich im Werth erhöhte. Aber der Maßstab mußte überhaupt zu einem relativen werden, als nicht mehr der Schaden allein, sondern auch die Unsittlichkeit, und dann noch die Gefahr, die Größe des Verbrechens und der Strafe bestimmten. Unsittlichkeit und Gefahr sind mit dem Strafübel völlig ungleichartige Größen, und lassen sich auch mittelst des Begriffs Werth nicht zu gleichartigen machen. Man kann nicht sagen: diese Unsittlichkeit und Gefahr ist so und so viel Streichen oder einer bestimmten Gefängnißstrafe als Uebel gleich. Das Strafmaas hat also nun keine weitere Bedeutung mehr, als das Steigen und Sinken der Strafe innerhalb eines bestimmten Rahmens anzuzeigen. Um die konkrete Strafe zu erhalten, muß mithin noch ein neues Moment hinzukommen, von dem später die Rede sein soll.

Digitized by Google

Wir sahen oben, daß bei Stahl die Strafe den Zweck hat, den sich wider die Herrlichkeit des Staats Auflehnenden zu unterwerfen. Aber Stahl richtet die Größe der Strafe nicht diesem Zweck gemäß ein, sondern nach der Größe des Verbrechens, und diese bestimmt sich ihm nach dem Grad der Auflehnung gegen die Herrlichkeit des Staats, welche sich wiederum nach der Größe der Verletzung und der Verschuldung richtet *). Damit fällt St. unter die Herrschaft des allgemeinen Bewußtseins seiner Zeit zurück, und bezeichnet in Folge dessen Qualität des verletzten Gebots, Erfolg, Art der Thätigkeit, Willensfreiheit, Willensrichtung, Stärke und Intensität des verbrecherischen Triebs als Strafausmessungsgründe.

Grade so erging es Hegel. Der Zweck seiner Strafe ist: Wiederaufhebung des verbrecherischen Willens. Statt nun zu ermitteln, welche Strafe zur Erreichung dieses Zwecks nöthig sei, bestimmt er die Größe der Strafe nach der Größe des Verbrechens, und zwar so, daß die Gleichheit keine spezifische, sondern eine dem Werth nach sein soll. — Wie oben bemerkt kann von einer solchen Gleichheit nur die Rede sein, wenn der Schaden des Verletzten allein zum Maßstab der Größe des Verbrechens genommen wird. Bei der Rechtfertigung der Todesstrafe legt Hegel auch allein auf diesen Schaden Gewicht, indem er erklärt, daß dem Mord nur die Todesstrafe entspreche, weil keine andere Strafe dem Leben an Werth gleich sei **). Während er hier die Sittlichkeit und die Gefahr als Maßstäbe für die Größe des Verbrechens und der Strafe verleugnet, läßt er beiden an anderen Orten ihr Recht widerfahren und gleicht damit jeden Widerspruch seiner Strafe mit der dem Volksbewußt-

*) Stahl a. a. O. Band II. S. 538 u. w.

**) Aehnlich rechtfertigt Stahl die Todesstrafe, nur taucht dabei der Gedanke, daß die Strafe Sicherung der Menschen vor Verbrechen bezwecke, auf. Er sagt nemlich: das Leben des Menschen sei das Höchste, dessen Schutz dem Staat aufgetragen sei, deswegen fordere der Mord auch die höchste Strafe.

Digitized by Google

sein entsprechenden aus. Inwiefern nun eine solche Strafe zur Erreichung des Hegelschen Strafzwecks nöthig sei erhellt nirgends.

Man hat freilich die Gleichheit als das zugleich Nothwendige durch die Behauptung darzuthun versucht, daß die Wiederaufhebung des verbrecherischen Willens in demselben Umfang und in derselben Intensität erfolgen müsse, worin er im Verbrechen gesetzt sei. Es ist das aber lediglich ein Sophisma: der verbrecherische Wille muß nicht in demselben Umfang aufgehoben werden, worin er sich gesetzt hat, sondern er muß eben aufgehoben werden, und das ist grade die Frage, ob und warum zu dieser Aufhebung eine Verletzung des Verbrechers in demselben Umfang erforderlich erscheint, auf deren Beantwortung man sich noch niemals eingelassen hat. Bei den Anhängern Hegels, z. B. Köstlin *) schlägt die Bestimmung der Größe der Strafe nach dem Schaden des Verletzten, in die Bestimmung der Größe der Strafe nach der Intensität des verbrecherischen Willens um, und es wird der Schaden, also der objektive Maßstab der Strafe, gleich der Gefahr zu einem Indiz für das subjektive Moment, hier Intensität oder Energie des verbrecherischen Willens genannt. Schaden, Gefahr, Freiheit der Willensbestimmung, Zahl der überwundenen physischen und moralischen Hindernisse, der verletzten sittlichen Pflichten, Rückfall, Versuch, Vollendung, Urheber, Gehilfe, alles das ist hier nichts weiter als ein Merkmal für die Intensität des verbrecherischen Willens. Daß dabei der Feuerbach'sche Gedanke vorgeschwebt hat: je heftiger der verbrecherische Wille, ein um so größerer Widerstand müsse ihm in der Strafe entgegen gesetzt werden, um ihn an seiner Realisirung zu hindern, ist wahrscheinlich. Mit Gewißheit läßt sich das freilich so lange nicht behaupten, als man darüber im Zweifel bleibt, was ein fortexistirender konkreter verbrecherischer Wille ist, und wie man ihm durch die Strafe beikommt.

*) System des deutschen Strafrechts.

Digitized by Google

Die Materialisten, z. B. Beccaria und Feuerbach, fragen ebenso wenig, welche Strafe zur Abschreckung von Verbrechen nöthig sei. B. *) erklärt: damit eine Strafe ihren Zweck erreiche ist es hinreichend, daß das Uebel der Strafe größer sei, als der Vortheil den das Verbrechen gewährt, und F. **), der sinnliche Antrieb kann dadurch aufgehoben werden, daß jeder weiß auf seine That werde unausbleiblich ein Uebel folgen, welches größer ist als die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Trieb zur That entspringt. — Sobald es zur Feststellung des Maßstabes für die Größe der Strafe kommt behauptet B.: die Strafe müsse mit dem Verbrechen im Verhältniß stehen, und um so größer sein je mehr sie das allgemeine Wohl gefährde, oder der wahre Maßstab der Größe der Verbrechen — und folglich auch der Strafe — sei der Schaden, der durch das Verbrechen der Gesellschaft zugefügt werde; und Feuerbach: „der allgemeine Rechtsgrund des Daseins aller bürgerlichen Strafe ist die Nothwendigkeit der Abwendung einer Gefahr für den rechtlichen Zustand. Daher die Größe der Gefahr der Maßstab für die Größe der Strafe und der Grundsatz: je größer die Gefährlichkeit der Handlung in Beziehung auf den rechtlichen Zustand, desto größer die bürgerliche Strafbarkeit." Und nun quält sich F. wahrhaft ab, die gewöhnlichen Momente, welche die Größe der Strafe nach dem Volksbewußtsein bestimmen, nach dem Moment der Gefahr hin zu drehen. Wollten B. und F. ihrem obersten Princip treu bleiben, so mußten sie an jedes Verbrechen ein solches Uebel knüpfen, welches geeignet erschiene, die angenehmen Folgen des Verbrechens im vollen Maß aufzuwiegen, und dieses Strafübel wäre von Schaden, Unsittlichkeit und Gefahr völlig unabhängig. Es käme vielmehr darauf an, in jedem Fall zu ermitteln, welche Annehmlichkeit, welches Gute, sich der Verbrecher von seiner That versprochen hat, und dieses Gute würde das Maas der

*) Beccaria über Verbrechen und Strafen.
**) Feuerbach Lehrbuch des peinlichen Rechts.

Digitized by Google

Strafe ſein. Knüpfte ſich nach dem Glauben der Menſchen an jedes Verbrechen eine ſolche, das Gute aufwiegende Strafe, verwandelte alſo die Strafe das Verbrechen in ein Uebel für den Verbrecher, ſo würde keiner Luſt zum Verbrechen haben *). Aber weder Becearia noch Feuerbach, noch irgend ein anderer Materialiſt ſind ihrem oberſten Princip treu geblieben, das ſie in einen unauflöslichen Konflikt mit dem Rechtsbewußtſein ihrer Zeit gebracht, z. B. bewirkt hätte, daß ein Raubmord lediglich nach dem Werth des geraubten Guts beſtraft worden wäre. Sie alle ordneten ſich ihrem Rechtsbewußtſein, wenigſtens im weſentlichen, unter, und wurden damit ihrem oberſten Einzelgedanken aus Gehorſam gegen den Volksgedanken und ihre Vernunft untreu. Feuerbach bequemt ſich hintennach zu der Aufſtellung, die Strafe ſteige nicht, wenn die That im Affekt begangen ſei, ſondern wenn die rechtswidrige Begierde zur Leidenſchaft geworden wäre. Der logiſche Eifer hatte ihn erſt zu der, ſeinem Princip völlig gemäßen, Behauptung geführt, daß die im Affekt verübten Verbrechen am härteſten beſtraft werden müßten, ſein Rechtsbewußtſein zwang ihn, die Behauptung auf Koſten der Logik zurückzunehmen. Freilich that er das nicht offen, ſondern in ſophiſtiſcher Weiſe, und konnte jenes nicht, weil ihm der Widerſpruch zwiſchen ſeiner Logik und ſeinem Rechtsbewußtſein ſelbſt nicht offenbar war.

Das Moment der Gefahr hatte ſich in den jüngſten Jahrhunderten im Volksbewußtſein ſelbſt überwiegend als das die Größe der Strafe beſtimmende geltend gemacht und zu ſehr harten Strafen getrieben. Man ſah den möglichen Schaden, insbeſondere den mittelbaren für die ganze Geſellſchaft, faſt als das alleinige Maas für die Größe der Verbrechen an. Der Grund lag im Bedürfniß der Zeit, nemlich in der allgemeinen Unſicherheit **), und es waren die juriſtiſchen Theorien, auch noch die

*) Man ſ. meine Kritik des Strafmaßes.

**) Carpzov a. a. O. q. I. N. 1. beſchreibt ſeine Zeit alſo: »inter crimina multifaria homicidium uti hoc nostrò seculo depravato frequens ita et

Digitized by Google

Feuerbachs, welche die Gefahr als den alleinigen Maßstab der Strafe verkündigten, nichts weiter als Produkte jener Volksstimmung. Sobald als die Unsicherheit nachließ, kamen wieder die bisher vernachläßigten Momente, der Schaden und die Unsittlichkeit, als Maßstäbe für die Größe des Verbrechens und der Strafe zum Vorschein, und es konnten nun die neueren Juristen, welche diese veränderte Volksstimmung in eine Doktrin zu bringen hatten, davon reden, daß sie den Feuerbach'schen Standpunkt überwunden hätten, daß sich die Größe der gerechten Strafe nicht allein nach der Gefahr, sondern auch nach dem Schaden, der Willensfreiheit, der Einsicht u. s. w. zu richten habe. Die einzelnen Strafausmessungsgründe wurden in eine, ihrem Ursprung mehr entsprechende, Stellung gebracht, als ihnen die Anhänger des Princips der Gefahr zu Theil werden lassen konnten. Aber so oft eine bestimmte Art von Verbrechen zu einer bestimmten Zeit überhand nimmt, macht sich sofort wieder das Moment der Gefahr als Maßstab für die Größe der Verbrechen und Strafen einseitig geltend, und es erschallt der Ruf nach harten Strafen für diese Verbrechen.

Ein Moment jedoch, der Rückfall, hat sich, wie es scheint dem Volksbewußtsein zum Trotz, aus den Zeiten der Herrschaft des Princips der Gefahr bis in die Gegenwart in der juristischen Praxis zu behaupten vermocht. Der Rückfall schärft bei uns die Strafe noch in einem Maas, das kaum begreiflich ist. Schaden und Unsittlichkeit, wie sie aus der That erhellt, scheinen fast ganz zurückzutreten, wenn es sich um Bestrafung des Rückfalls han-

horribile atque atrox est" und p. 77. Nr. 1: »propter effrenatam avaritiam, quae est radix malorum crimen furti omnium fere criminum generalissimum est, et facile principem locum hoc feraci furum aevo obtinet, haud parvo cum rerum publ. damno, ita ut nullae poenae, nullae cruces, nulla tormenta ec coercendo sufficere videantur."

Leyser med. XX. p. 701 erzählt: »quamdiu collegiis juridicis ad sideo non recordor mensem ullum praeteriisse in quo non ter, bis, vel semel saltem de poena parentum, qui liberos necarint, fuerimus consulti."

Digitized by Google

delt, und das Moment der subjektiven Gefährlichkeit neben der Vorstellung, daß die Strafe erlitten sein müsse, um einen abschreckenden Eindruck zu machen, fast allein das Maßgebende zu sein, gerade wie zur Zeit der Carolina. Die Klagen über Ueberfüllung der Gefangenhäuser würden verstummen, berücksichtigte man den Rückfall bei Bestimmung der Größe der Strafe nicht weiter, als den Schaden und die Unsittlichkeit.

Erwähnen wenigstens will ich noch der Sonder-Ansichten, wonach sich die Größe der Strafe nicht blos nach der Gefahr und der Unsittlichkeit, wie sie aus der That erhellt, sondern nach der Gefährlichkeit oder Unsittlichkeit des Verbrechers überhaupt richtet, und damit das Verbrechen nicht mehr das Maas für die Strafe in sich schließt. Es sind diese Theorien dem Volksbewußtsein völlig fremd. — Entweder glaubt man eine um so härtere Strafe zur Abschreckung nöthig zu haben, je gefährlicher das zu bestrafende Subjekt sei, und dann verkennt man nicht blos die Wirksamkeit der Strafe, sondern geräth auch mit dem Rechtsbewußtsein in Widerspruch, welches von der Bestimmung der Größe der Strafe nach dem Strafzweck nichts weiß. Oder man fühlt sich berufen, überhaupt sittliche Vergeltung zu üben, und dann maßt man sich einen Beruf an, der nach dem Volksurtheil den Menschen nicht zukommt. — Hieraus erhellt auch, daß unsere Strafe an und für sich vom Besserungszweck völlig unabhängig ist. Wer bessern will, für den ist natürlich die Unsittlichkeit soweit sie aus der That erhellt, ein völlig unzureichender Boden für seine Versuche, er muß vielmehr die Schlechtigkeit des zu Bessernden in ihrer Totalität zum Ausgangspunkt nehmen.

§. 26.

Die Strafausmessungsgründe.

Die einzelnen zahlreichen Strafausmessungsgründe können keine weitere Bedeutung haben, als die: auf Schaden, Unsittlich-

Digitized by Google

keit und Gefahr, als die unseren Haß hervorrufenden und uns gegen das Leid des Verbrechers gleichgiltig machenden Momente, hinzuweisen, und sehr oft weist dasselbe Moment auf alle drei zugleich hin, weil das Schädliche in einer andern Richtung zugleich das Gefährliche ist, und die subjektive Schlechtigkeit eben in der Richtung des Sinnes einer bestimmten Person auf Schaden besteht.

1) Der Versuch ist minder strafbar als die Vollendung, weil das Moment des Schadens fehlt.

2) Der Gehilfe ist minder strafbar als der Urheber, weil das Moment des Schadens beim ersteren weniger vorhanden ist, als bei diesem.

3) Absicht ist strafbarer als Nachlässigkeit, weil letztere auf subjektive Schlechtigkeit nicht in demselben Maas hinweist wie erstere.

4) Vorbedacht ist strafbarer als Impetus aus gleichem Grunde.

5) Ein schlechtes Motiv steigert die Strafe, ein gutes mindert sie, aus gleichem Grunde.

6) Die Strafe ist um so größer, je weniger der Verbrecher von Außen zur That bestimmt wurde, und um so geringer, je mehr dieses der Fall war, aus gleichem Grunde.

7) Die Strafe steigt je mehr Einsicht des Verbrechers in die Unsittlichkeit seiner Handlung vorhanden war, aus gleichem Grunde.

8) Die Strafe mehrt sich in demselben Maas, in welchem sittliche Pflichten verletzt wurden, theils aus dem vorigen Grunde, theils wegen der darin liegenden Uebertretung bloßer Sittengesetze.

9) Die Strafe steigt je größerer Schaden aus der konkreten Handlung, auch ohne die darauf gerichtete Absicht des Verbrechers, entstehen konnte, wegen der vermehrten Gefahr.

10) Die Strafe steigt je mehr Hindernisse der Verbrecher überwunden hat, oder zu überwinden aufgelegt war, wegen ver-

Digitized by Google

mehrter Gefahr; man kann sich nemlich gegen derartige Verbrecher nicht schützen. Deshalb steigt auch

11) die Strafe, wenn das Verbrechen in einer Situation verübt wurde, wo Selbstschutz entweder ganz ausgeschlossen oder doch erschwert war.

12) Desgleichen in dem Maas, in welchem der Verbrecher hoffen konnte unentdeckt zu bleiben.

13) Die Strafe steigt, wenn sich die Verbrechen vermehren, wegen der vergrößerten allgemeinen Gefahr.

14) Dasselbe ist der Fall, wenn die Handlungsweise mittelbar das allgemeine Interesse gefährdet, und in dem Maas, in welchem dieses geschieht.

15) Desgleichen, wegen des im konkreten Fall drohenden, aber nicht eingetretenen, Schadens, sowol in quantitativer als in qualitativer Hinsicht.

16) Daß die Strafe sich nach der Größe des unmittelbar verletzten Guts mit richtet, bedarf nach obigem keiner weiteren Bemerkung. Dieses Moment überwiegt z. B. bei culposer Tödtung der Art, daß es vom Erfolg eines Schlags abhängt, ob der Urheber einige Tage oder Jahrelang ins Gefängniß kommt.

17) Auch grausame Ausführung des Verbrechens steigert die Strafe, theils mit Rücksicht auf den größeren Schaden, der in den Qualen des Verletzten besteht, theils mit Rücksicht auf die sich daraus ergebende größere subjektive Schlechtigkeit.

18) Rückfall schärft die Strafe, theils wegen Schlechtigkeit, theils wegen Gefährlichkeit des Subjekts, d. h. wegen seines Aufgelegtseins zur Begehung von Verbrechen, oder wegen seiner rechtswidrigen Gesinnung.

19) Es mindert die Strafe jeder Umstand, der eine geringere Schlechtigkeit oder Gefährlichkeit des Subjekts, als die gewöhnliche, erkennen läßt, z. B. thätige Reue, Verhinderung der Folgen des Verbrechens, freiwilliger Schadenersatz, Selbstanzeige.

Digitized by Google

20) Die Restitution oder Ersatz des weggenommenen oder beschädigten Guts, ja sogar die Aussicht darauf, mindert die Strafe, weil das Moment des Schadens in geringerem Maas vorhanden ist.

Alle die Momente, welche den Schaden, die Unsittlichkeit und die Gefahr geringer als gewöhnlich erscheinen lassen, entschuldigen den Verbrecher einigermaßen, d. h. sie verringern seine Schuld, er ist nur verpflichtet, eine geringere Strafe zu leiden. Manche Zustände heben die Schuld ganz auf. Wer in gewissen Lagen Jemand in einer Weise verletzt, die sonst bei Strafe verboten ist, wird darum nichts schuldig, ist nicht verbunden Strafe zu leiden, die besonderen Umstände befreien ihn vom Eintritt der Pflicht, sich strafen zu lassen, sie laden die Schuld, welche ihm in gewöhnlichen Verhältnissen die Vernachlässigung einer Lebensregel aufgeladen hätte, von ihm ab. Das Ungewöhnliche liegt meist in der konkreten Noth. Der Zwang, die Nöthigung, um die es sich hier handelt, ist keine sinnliche, sondern eine geistige, die That immer noch Handlung, weil sie der Thäter gewollt hat. Der Zwang wurde auf den Willen ausgeübt, und das Zwingende besteht in einem Schaden, der dem Menschen droht, wenn er die That unterläßt, resp. nicht unterläßt, im Fall es sich um Unterlassungsverbrechen handelt. Der Mensch bedarf der Handlung zur Abwendung des Schadens von ihm. Mit dem drohenden Schaden tritt ein unter der Straf-Rechtsregel nicht mitbegriffener Grund zum Handeln in Wirksamkeit, und es entsteht eine zweite Lebensregel, die dahin geht, daß es nicht gut sei, Jemanden zuzumuthen, mit eignem Schaden fremden Schaden abzuwenden; man stellt also die Selbstliebe über die Nächstenliebe. —

Wie groß nun der drohende Schaden sein müsse, um nicht verpflichtet zu sein, sich ihm auszusetzen, und welchen Schaden man dem Anderen zufügen dürfe, ohne Schuld auf sich zu laden, darüber sind die Volksansichten zu verschiedenen Zeiten verschieden, sowohl bezüglich der Nothwehr als des Nothstandes. — Jeder einzelne Jurist faßt nun diese Strafausmessungsgründe in der

Digitized by Google

Richtung auf, wie sie zu seiner besonderen Theorie passen. Der Eine wird sie auf den Schaden, der Zweite auf die Unsittlichkeit, der Dritte auf die Gefahr, und ein Vierter auf die Intensität des verbrecherischen Willens beziehen.

§. 27.

Die Strafarten.

In welcher Weise sich das Volksurtheil über die Strafe umgewandelt hat, zeigt sich am deutlichsten an den Strafarten. Dieser Prozeß der Umwandlung gewährt sodann auch einen klaren Einblick in die Art und Weise der Umgestaltung der Lebensregeln und des ihr gemäßen Rechtsbewußtseins überhaupt.

So lange Rache und Sicherung gleichzeitig der Zweck der Strafe waren, und die Unsicherheit, also die Furcht vor Verbrechen, groß war, bedurfte man der martervollsten Strafen, die nachher in derselben Gradation verdammt wurden, in welcher einerseits der Rachezweck zurücktrat, und andererseits die Furcht vor Verbrechen sich minderte, und das bisher unterdrückte Mitleid mit den Schmerzen des Bestraften, die Menschlichkeit, zu seinem Recht kommen konnte. Die gewöhnlichen Strafmittel älterer Zeit waren: Galgen, Rad, Pranger, und die sonstigen Henkerswerkzeuge, insbesondere auch die Peitsche *). Eben weil diese Quälereien sich als unmenschlich darstellten — es ist von hoher Bedeutung, daß man das Mitgefühl mit „menschlich“ bezeichnet, und

*) Welche Strafen noch um die Mitte des vorigen Jahrhunderts in Gebrauch waren, erhellt z. B. aus dem kurhessischen Tarif über die Gebühren der Nachrichter und deren Knechte vom 26. Jan. 1754. Es kommen darin vor: Rädern, Hängen, Köpfen, Säcken, Staupenschlag, den Kopf auf den Pfahl stecken, den Körper aufs Rad flechten, einen Sodomiten oder Mordbrenner verbrennen, Nasen und Ohren abschneiden, Handabhauen, Brandmarken, einem Gotteslästerer die Zunge mit einem glühenden Eisen durchbohren, einen Delinquenten viertheilen und die vier Theile auf einen Spies stecken, einen Missethäter vor dessen Hinrichtung mit glühenden Zangen zwicken.

Digitized by Google

damit ausdrückt, daß es das Beste am Menschen sei — bedurfte es zu deren Vollziehung eines Subjekts, das man von der menschlichen Gesellschaft ausschloß, gewissermaßen eines Unmenschen. Das Volk übte in dieser Ausschließung eine Selbstkritik seines eignen Thuns, aber noch ohne Bewußtsein. — Was diese Strafarten verbannte, und was noch die Beseitigung des vorhandenen Rests derselben betreibt ist die Menschlichkeit, das Mitgefühl, und nichts weiter, wie sie ihre Entstehung lediglich dem Haß und der Furcht verdanken. Alle die Nützlichkeitsgründe, welche man für und wider diese Strafarten angeführt findet, sind weder der Grund ihres Daseins, noch der ihrer Beseitigung, sondern Hilfstruppen der Wünsche. Einestheils befinden sich diejenigen, welche in der Art der Bestrafung oder der Strafvollziehung ein Bildungsmittel für das Volk sehen, und bald diese bald jene nachtheilige Wirkung auf die Volksmoral erwarten, je nachdem so oder anders gestraft wird, im vollsten Irrthum über das Verhältniß der Schule zum Volk überhaupt. Sie stellen die Einzelweisheit über die Volksweisheit und glauben, es hänge von Einzelnen ab, ein Volk so oder anders zu erziehen. Beruf der Schule ist es, die Volksweisheit zu lehren, und wer etwas anders lehrt, kann mit der größten Sicherheit darauf rechnen, daß er in den Wind spricht, mag er auch die Criminalstrafe als Lehrmittel verwenden. Das allgemeine Bewußtsein der Einzelnen kann kein Einzelner wesentlich alteriren, er kann es aber verletzen oder ihm genug thun, und sich dadurch die Volksmißbilligung oder Billigung mit ihren weiteren Consequenzen zuziehen. Anderntheils findet sich im Volksbewußtsein kaum eine Spur von dem Gedanken, daß die Strafe sich rücksichtlich ihrer Qualität und Quantität nach dem Zweck, sich vor Verbrechen zu sichern, richten müßte, vielmehr widerspricht, wie schon bemerkt, dieses Strafmaas dem Rechtsbewußtsein geradezu. Und daß das Rechtsbewußtsein der Vergangenheit diese Strafarten im allgemeinen billigte und gerecht fand, wird Niemand bestreiten. — Die Zeit einer Strafart ist um, sobald

Digitized by Google

sie dem Volk, sei es überhaupt, sei es für eine bestimmte Verbrechensart, grausam erscheint, es schaudern macht und anwidert. Es mag sich Keiner schaudern. —

Qualifizirte Todesstrafen und verstümmelnde Strafen nebst Pranger sind abgeschafft, weil sie das menschliche Gefühl empörten; um Abschaffung der einfachen Todesstrafe und der Prügelstrafe wird noch gestritten, und es hat sich eine feste Volksansicht darüber noch nicht gebildet. Man findet ganz dieselben Nützlichkeitsgründe für und gegen die qualifizirte Todesstrafe u. s. w. angeführt, welche jetzt für und gegen die einfache Todesstrafe und die Prügelstrafe geltend gemacht werden. Die Einen glaubten sie zur Sicherheit der Gesellschaft nicht entbehren zu können, die Anderen meinten das Gegentheil. Jene sahen die Verbrechen in der Gegenwart wegen Wegfalls dieser Strafarten sich vermehren, diese behaupteten, daß die Zahl der Verbrechen in der Vergangenheit bei weitem größer gewesen sei, als in der Gegenwart *). Auch berief man sich für und wider die qualifizirte Todesstrafe ꝛc. ebenso auf die Gerechtigkeit **), wie man sich jetzt für und gegen die einfache Todesstrafe ꝛc. auf die Gerechtigkeit bezieht. Der Eine meinte das alte Rechtsbewußtsein, der Andere das neue,

*) Leyser, med. IX. p. 586 ꝛc. behauptet: es komme fast täglich vor, daß Menschen aus Lebensüberdruß mordeten, nur um die Todesstrafe zu erleiden; die Strafe des Schwerts schrecke sie nicht, sondern sei ihnen eine Wohlthat. Es müsse darum die Strafe des Räderns beibehalten werden. P. 791. das. beklagt sich Leyser bitter darüber, daß die Verbrecher nur geprügelt und über die Grenze gejagt, aber nicht mit dem Tod bestraft würden. Die Prügel, sagt er, schreckten keinen ab, und die Ausgehauenen begingen sofort wieder neue Verbrechen. Es sei nicht zu verwundern, meint er, daß Deutschland mit Dieben, Ehebrechern, Räubern, Mördern und Fälschern überschwemmt sei, und es könne nicht besser werden, bis die Autorität der Gesetze — er meint die Strafen der Carolina statt des Streichens mit Ruthen — wieder hergestellt sei.

**) Leyser a. a. O. p. 839: poena ignis in falsum numerarium statuta, si cum strangulatione furum conferatur, nondum satis dura est, sed exasperari debet.«

Digitized by Google

und jeder hielt das seinige für absolut. Dort wie hier warf der eine Theil dem anderen Weichlichkeit und sittliche Indifferenz, und letzterer dem ersteren dagegen Gefühllosigkeit und Verwechslung des Sittlichkeitsgefühls mit Rachedurst vor.

Was nun die Personen anlangt, die für und wider diese Strafarten sind, so werden *gegen* sie alle diejenigen sein, deren Gefühl durch Hinrichtung und Prügelstrafe empört wird, *für* sie diejenigen, bei welchen diese Empörung nicht stattfindet.

Bei den Prügeln ist es nun nicht mehr vorzugsweise der *körperliche* Schmerz — die erste Anregung zum Widerwillen gegen die Prügelstrafe gab allerdings der jammervolle Zustand des vom Henker oder Büttel Mißhandelten — welcher das Mitleid erregt, sondern der Gedanke an die *Entehrung* des Geprügelten, an die Herabwürdigung desselben zum Thier. Wie man zu dieser Vorstellung gekommen ist, wie Prügel entehren können, habe ich hier nicht zu untersuchen, genug sie entehren wirklich, und es ist die Erwiderung: nicht die Strafe, sondern die verbrecherische That entehre, eine von den geschichtlichen Zuständen abgewendete Vorstellungsweise. Der von Gerichtswegen Geprügelte behält in den Augen der anderen Ehrliebenden Zeitlebens einen Makel, selbst wenn er als Kind diese Strafe erhalten hat.

Fällt auch die Prügelstrafe, dann ist das Gefängniß fast das einzige Strafmittel bei größeren Verbrechen. Die geistigen Qualen, welche die Einzelhaft bereitet, sind dem Volk noch nicht zum vollen Bewußtsein gekommen, wie man denn überhaupt einen fremden Schmerz, dessen Ursachen nicht in die Augen fallen, gewöhnlich nicht begreift, selten an sein wirkliches Vorhandensein glaubt. Auch die Einzelhaft wird Schauder erregen und als unmenschlich verurtheilt werden, sobald einerseits die in ihr liegenden Qualen zum allgemeinen Verständniß gelangen, und man andererseits ein anderes Mittel als die Isolirung der Gefangenen gefunden hat, letztere vor der moralischen Verderbniß in der Strafanstalt, und sich selbst vor den Folgen der Verdorbenheit, den

Digitized by Google

Verbrechen, zu bewahren. So lange beides nicht der Fall, regt die Einzelhaft das Mitleid des Volks nicht auf, und bleibt eine gerechte Strafe. —

§. 28.

Die konkrete Strafe.

Nach den Strafausmeſſungsgründen weiß man, daß der Verſuch gelinder beſtraft wird als die Vollendung, der Urheber härter als der Gehilfe, Mord härter als Todſchlag, Diebſtahl gelinder als Mord, großer Diebſtahl härter als kleiner u. ſ. w., aber wie groß die Strafe in einem beſtimmten Fall ſein muß, welchen Einfluß ein beſtimmtes Moment auf die Größe der Strafe hat, ob ſich 1 Tag oder 1 Jahr Gefängnißſtrafe daran knüpft, weiß man nicht. Es iſt alſo ganz nothwendig, daß zu dieſen Merkmalen der Strafgröße ein weiteres kommt, wonach ſich die konkrete Strafe richtet. Man wird nach dem Obigen nicht daran zweifeln können, daß dieſes weitere Moment bei der Strafe als Rache oder Genugthuung wegen der ſittlichen Entrüſtung das konkrete Rachebedürfniß des Volks und bei der Strafe als Sicherungsmittel der konkrete Haß oder die Indifferenz des Volks gegen das Leid des zu Beſtrafenden iſt. Die Strafe hat alſo im konkreten Fall ſo hoch zu ſteigen, bis ſie dem Rachebedürfniß genügt, oder bis an die Grenze, wo das Volksmitleid im konkreten Fall beginnt. Daß man darauf verzichten muß, dieſes aus der Größe des Verbrechens an ſich zu ermitteln, wurde bereits bemerkt, da auch nicht einmal von Gleichheit des Verbrechens und der Strafe als Uebel dem Werth nach die Rede ſein kann, und es zudem ganz offenbar iſt, daß dem Verbrecher regelmäßig ein weit härteres Uebel als Strafe zugefügt wird, als der unmittelbare Schaden iſt, den er dem zunächſt Verletzten, z. B. dem Beſtohlenen oder Geſchlagenen, zufügte. Dieſes Volksbedürfniß wird, je nachdem die Leidenſchaften des Volks mehr oder minder mächtig ſind, und es mehr oder

Digitized by Google

minder zur Menschlichkeit hinneigt, zur einen Zeit eine härtere Strafe erheischen als zur anderen Zeit. Auf der anderen Seite leuchtet aber auch die Unmöglichkeit ein, in jedem einzelnen Fall das Volk selbst nach seinem Bedürfniß zu befragen, und daß vielmehr an die Stelle der Bestimmung der Strafe nach dem konkreten Bedürfniß objektive Normen zu setzen sind. Es hätten auch sonst die sämmtlichen Strafausmessungsgründe gar keinen Sinn. — Auch ergiebt sich, daß jene objektiven Normen lediglich an der Hand der Erfahrung gefunden werden können, daß man in einer Reihe von Fällen erfahren haben muß, welche konkrete Strafe dem Volksbedürfniß genügt, um durch ein Gesetz die gerechte Strafe feststellen zu können, ja daß dem Gesetz die Volkserfahrung und ein diesem gemäßes Rechtsbewußtsein und Rechtsgefühl vorausgehen und zum Vorbild dienen muß. — Endlich erhellt, daß es gerade Aufgabe des positiven Rechts ist, auch das Rechtsbewußtsein des Volks in dieser Richtung zu fixiren, und damit für Jedermann, insbesondere auch für den zu Bestrafenden, zu einem erkennbaren, vorausbestimmten zu machen, und hier so wenig als sonst, das Vernunftrecht schon als positives Recht angesehen werden kann.

Man kann nun der Ansicht sein, es wäre gerade Beruf des Richters, im konkreten Fall aus sich heraus die dem Volksbewußtsein entsprechende Strafe zu finden, wie man früher annahm, daß er auch ohne Rücksicht auf positive Normen die Strafwürdigkeit einer Handlung überhaupt zu bestimmen habe, und es kann das positive Recht selbst dem Richter diese Funktionen zuweisen. In diesem Fall urtheilt er nun über Strafwürdigkeit und Strafgröße entweder nach seinen Erfahrungen über das Volksbedürfniß, oder nach seinem eigenen Gefühl, so daß dieses letztere als ein treuer Reflex des Volksgefühls gilt. Die Erfahrungen lassen den einzelnen Richter meist im Stich, und die Grundlage seines Urtheils über Strafgröße ist darum fast stets sein Rechtsgefühl, d. h. er schreitet mit der Strafe so

Digitized by Google

weit vor, steigert sie in seinen Gedanken bis er an dem Punkt anlangt, wo sich sein Mitleid regt, und er an diesem die Grenze der Strafe findet. Es bedarf wohl keiner weiteren Bemerkung darüber, daß diese Prozedur in willkührliche Bestimmung der Größe der Strafe umschlagen muß, und letztere von einer Reihe rein zufälliger Verhältnisse, persönlichen Stimmungen und Ansichten des Urtheilenden, z. B. über Verruchtheit des bestimmten Verbrechers, oder über die Art und Weise zukünftige Verbrechen zu verhindern, abhängig wird. Daß der Richter seinem Urtheil Strafausmessungsgründe als Entscheidungsgründe vorausschickt, ändert daran nicht viel, und um so weniger, je weniger diese Momente selbst durch das positive Recht fixirt sind, sondern erst vom Gericht aufgestellt werden. Dieselben Entscheidungsgründe können einen Verbrecher ein Jahr oder zehn Jahre ins Zuchthaus führen. — Setzt man ein Strafmaximum und Strafminimum fest, so wird die Willkühr allerdings verringert, allein sie bleibt innerhalb des Strafrahmens, so lange man nicht den quantitativen Einfluß jedes einzelnen Moments für jede Verbrechensart fixirt, so daß der Richter kein weiteres Geschäft hat, als sich zu fragen, welche einzelne Strafausmessungsgründe im konkreten Fall vorhanden sind. Die Nothwendigkeit der Vorausbestimmtheit der Rechtsnormen für das Civilrecht bezweifelt Niemand, weil sonst Keiner sagen könnte, wieviel er seinem Gläubiger schuldet, aber im Strafrecht glaubt man der richterlichen Würde Eintrag zu thun, wenn man dem Richter kein weiteres Amt zutheilte als das, das Recht anzuwenden, statt es erst festzusetzen und hält es für kein Bedürfniß, daß der Verbrecher zum Voraus weiß, wie groß seine Schuld und der Staat, wie groß sein Forderungsrecht ist. Sobald der Richter nicht willkührlich, sondern nach Grundsätzen handelt, muß es möglich sein, diese zu fixiren und eben so für Jedermann erkennbar zum Voraus zu bestimmen, wie sie ja der Richter, bevor er urtheilt, festzustellen hat.

Man hat sich in Gegensätzen bewegt: vom völlig bestimmten

Digitized by Google

Strafgesetz sprang man zum völlig unbestimmten, weil ersteres seiner Natur nach sehr häufig mit dem Rechtsbewußtsein des Volks in Widerspruch gerieth. Man wird sich vom völlig unbestimmten Strafgesetz allmählig zu dem wirklich relativ bestimmten fortbewegen, je nachdem man zur Einsicht gelangt, daß das Strafgesetz mit Maximum und Minimum und völlig unbestimmten Strafausmessungsgründen keine relative Bestimmtheit, sondern nur eine verringerte Willkühr des Richters zur Folge hat, und daß der Gesetzgeber zwar nicht die Art der Mischung der einzelnen Strafausmessungsmomente im Voraus bestimmen, wohl aber den Einfluß jedes einzelnen Moments auf die Größe der Strafe festsetzen kann.

Man wird dann das positive Recht auch mit der zweiten Forderung des Volksrechtsbewußtsein, daß das Recht ein vorausbestimmtes sei, in Einklang gebracht haben. So lange dieses nicht der Fall, wird man die offenbar vorhandene Lücke, die Kluft zwischen Entscheidungsgründen und Entscheidung, mit einem tönenden Wort ausfüllen, und von juristischem Takt, Rechtsgefühl des Richters, Eindruck, Doktrin, Analogie, gesunden Menschenverstand, Leben und dergleichen reden. Hat freilich ein Richter schon längere Zeit judicirt, dann wird er die früheren Entscheidungen zur Grundlage der späteren machen, und von der Praxis als der Quelle seiner Urtheile über Strafgröße sprechen können. —

Fünftes Kapitel.

Die Begnadigung.

§. 29.

Die Gnade als Schenkung der Strafe.

Begnadigung im eigentlichen Sinn ist Schenkung der gerechten Strafe. Daneben besteht aber die sittliche Forderung,

Digitized by Google

daß die Schenkung in einem konkreten Fall ebenfalls gerecht sein müsse. Dieses Nebeneinanderbestehen der gerechten Strafe und der gerechten Schenkung der Strafe ist nur denkbar, wenn die Beurtheilung nach zwei verschiedenen sittlichen Lebensregeln erfolgt. Daß die Straferlaß-Lebensregel auf dieselbe Weise entsteht, wie die Straf-Lebensregel kann, sobald sie überhaupt als eine sittliche gedacht wird, nicht bezweifelt werden. Sie geht also ebenfalls aus dem Gesammtdenken des Volks hervor, ist auf das allgemeine Wohl berechnet, hält ihren Ueberzug ins allgemeine Bewußtsein, und es erscheint das Handeln nach ihr durch Vernunft und Gewissen geboten. Es handelt sich hier lediglich darum, den Volksgedanken über Begnadigung nachzudenken, nemlich den Zweck und die Art und Weise seiner Erstrebung herauszufinden.

Als die Axe, um welche sich die Strafe dreht, ergab sich uns zunächst der Zorn und das Bedürfniß ihm durch Leiden des Verbrechers genug zu thun, und es zeigte sich, daß er neben der Furcht auch die Strafe zur Sicherung beherrschte. Wir werden nicht fehl gehen, wenn wir annehmen, daß sich die Gnade um dieselbe Axe bewegt, nur in umgekehrter Richtung, nemlich nach dem Mitleid hin, und nur soweit, als diesem in dem Strafrecht seiner Natur nach nicht Rechnung getragen werden konnte. Die Strafe ist nach dem Volksgedanken dann kein Mittel zur allgemeinen Befriedigung, sondern stört diese, sobald und insoweit Mitleid mit dem Verbrecher wegen der von diesem verwirkten Strafe entsteht, Zweck der Begnadigung, sei es daß die Strafe ganz, sei es daß sie theilweise geschenkt wird, also, diesem Mitleid genug zu thun. Gerade wie die Verfolgung des Strafzwecks durch Normen über die Qualität und Quantität der verwirkten Strafe vom Volksdenken geregelt wurde, ist auch die Erstrebung des Zwecks der Gnade regulirt, und es erscheint das Handeln nach diesen Regeln gerecht, wie die Gnade verdient, wenn im konkreten Fall die Regeln anwendbar sind.

Digitized by Google

Die Möglichkeit, daß eine gerechte Strafe über den Haß oder die Indifferenz des Volks hinausgehen kann, ist dadurch gegeben, daß einestheils der sittliche Werth des Verbrechers im Strafurtheil nur soweit Beachtung findet, wie er in dem Verbrechen und den dieses begleitenden Umständen als Unsittlichkeit zur Erkenntniß kam, und daß anderntheils der Verübung des Verbrechens *nachfolgende* Umstände eine Umstimmung des Hasses oder der Gleichgiltigkeit in Mitleid bewirken können. — Die Regeln, in welchen Fällen eine solche Umstimmung anzunehmen, also die Strafe zu schenken sei, sind aber bei weitem nicht so bestimmt ausgebildet worden, als die über die Größe der zu erkennenden Strafe, und es bleibt für das Ermessen des das Begnadigungsrecht Ausübenden, d. h. dessen, welcher die Normen über das Begnadigen zur Anwendung bringt, ein noch freierer Spielraum, als er dem Gericht bei Findung der entsprechenden Strafe gelassen worden ist. Sie beschränken sich fast darauf, daß Begnadigung Platz zu greifen habe, wenn das dem Verbrechen vorausgegangene Leben des Verbrechers ergiebt, daß er bei weitem besser ist als seine That annehmen läßt, oder wenn das dem Verbrechen nachfolgende Leben einen völligen Umschwung der Lebensrichtung nach der Seite der Sittlichkeit erkennen läßt. — In älterer Zeit, wo der Zorn fast ausschließlich durch die Auflehnung gegen den Willen hervorgerufen wurde, und es sich damit um Zorn über eine Respektslosigkeit und Beleidigung handelte, erschien die Selbstdemüthigung des Verbrechers, seine Erklärung der Reue, *Bitte* um Gnade und Angelobung des Gehorsams, auch Fürbitte eines Dritten u. s. w., als ein Versöhnungsmittel und Begnadigungsgrund. Dieser Grund trat in demselben Maas zurück, als das Verbrechen aufhörte eine Beleidigung zu sein, und der Zorn zur sittlichen Entrüstung wurde, der man nicht durch Bitten, Demüthigen und Angeloben, sondern allein durch einen sittlichen Lebenswandel genug thun kann. Andererseits genügte es in neuerer Zeit zur Begnadigung nicht, daß die sittliche Ent-

Digitized by Google

rüstung beschwichtigt wurde, sondern es erschien auch erforderlich, die Furcht vor Gefahr, welche ebenfalls dem Mitleid den Weg versperrt, zu beseitigen. Der Verbrecher konnte zwar im Allgemeinen als tugendhaft erscheinen, allein man begnadigte ihn nicht aus Furcht vor Gefahr, sei es, daß man verbrecherische Rückfälle desselben Individuums befürchtete, sei es, daß man glaubte, die Begnadigung dieses Individuums schwäche die repressive Kraft des Strafgesetzes überhaupt, und ermuntere Andere zu ähnlichen Verbrechen.

§. 30.

Die Gnade als Austheilen der gerechten Strafe.

Während es sich bei der Gnade im eigentlichen Sinn um Schenkung der gerechten Strafe handelt, bezeichnet man im uneigentlichen Sinn mit Gnade auch das Austheilen der gerechten Strafe durch das Staatsoberhaupt. Die nothwendige Voraussetzung ist hier ein Bruch zwischen dem formellen und dem materiellen Recht. Der Sinn dieses Gegensatzes ist aber ein zweifacher: einmal bedeutet formelles Recht, das was in Folge des Richterspruchs als Recht für den Bestraften im konkreten Fall gilt, die erkannte Strafe ist recht, weil das Urtheil rechtskräftig ist, mag der Verbrecher schuldig oder unschuldig sein, die erkannte oder eine geringere Strafe nach dem geltenden Recht verdient haben. Hier fällt auch das positive Recht unter den Gegensatz von formellem Recht. Dann aber versteht man unter dem formellen Recht eben die positiven Rechtsnormen, und stellt ihnen das Vernunftrecht gegenüber, oder das was nach dem Rechtsbewußtsein des Volks positive Rechtsnorm sein sollte.

Ist nun einem Bestraften Unrecht geschehen, so daß die ihn treffende Strafe nur formell gerecht, in dem einen oder dem anderen Sinn, erscheint, dann liegt dem Staatsoberhaupt der Beruf ob, dieses blos formelle Recht durch Anwendung des diesem entgegengesetzten Rechts zu korrigiren, und so das wirkliche Recht

Digitized by Google

zu finden und auszutheilen. Natürlich ist eine solche Gnade keine Schenkung, weil eben die erkannte Strafe keine gerechte und verdiente war. Begnadigung in diesem Sinn ist nach dem Rechtsbewußtsein des Volks indizirt:

1) wenn der Richterspruch an sich falsch war, sei es, daß das Gericht das geltende Recht verkehrt anwendete, sei es, daß es Einen verurtheilte, der das Gesetz überhaupt gar nicht übertreten hatte. So lange der Richter auch bei Beurtheilung der Thatfrage an bestimmte Regeln gebunden ist, so lange er z. B. bei vorhandenem Geständniß oder beim Dasein zweier conformer Zeugenaussagen schuldig erkennen mußte, war es denkbar, daß ihm die Verurtheilung des Unschuldigen nicht zur Last gelegt werden konnte, sondern nur dem Gesetz;

2) wenn ein Gesetz, wie es vorliegt, zwar auf einen bestimmten Fall Anwendung leidet, es jedoch nicht die Meinung des Gesetzgebers war, daß jener darunter subsumirt werden sollte, er vielmehr an Fälle dieser Art gar nicht gedacht hat. — Dieses Verhältniß ist nicht zu verwechseln mit dem anderen, wo durch die Worte des Gesetzes die Absicht des Gesetzgebers überhaupt nicht genau ausgedrückt wird. Nach den bei uns geltenden Grundsätzen ist nicht das Rechtsnorm, was die Worte, in ihrem gewöhnlichen Sinn verstanden, ausdrücken, sondern was der Gesetzgeber damit ausdrücken wollte. Das Gericht hat mithin auch den Sinn des Gesetzes, nicht seinen Wortlaut, zur Anwendung zu bringen, und es bedarf hier der Begnadigungsinstanz nicht, um Jemand gegen ungerechte Bestrafung zu schützen. Anders in den Ländern, wo das Gericht an den Wortlaut des Gesetzes gebunden erscheint. Freilich kann es sich ereignen, daß das Gericht gar nicht im Stand war, den Sinn des Gesetzes aus dessen Worten zu erkennen, und darum Einen über die Absicht des Gesetzgebers hinaus bestrafte. In diesem Fall bleibt nur das Begnadigen als Mittel, eine Ungerechtigkeit zu verhüten, übrig;

3) wenn der Gesetzgeber veraltets Gesetze, die dem späteren

Digitized by Google

Rechtsbewußtsein widersprechen, sei es wegen der Art des Verbots oder Gebots, oder sei es wegen der Art oder Größe der Strafe, fortbestehen läßt, und das Gericht zu deren Anwendung verpflichtet erscheint;

4) wenn das Gesetz zwar neu, es jedoch dem Gesetzgeber nicht gelungen ist, darin das Rechtsbewußtsein seiner Zeit zum Ausdruck zu bringen.

Man hat nun auch noch davon geredet, daß es überhaupt Beruf des Staatsoberhaupts sei, ein anderes höheres Recht, als das im Rechtsbewußtsein des Volks lebende, zur Anwendung zu bringen und dabei theils das Sittengesetz im Gegensatz vom Rechtsgesetz, theils die Totalität eines Menschen im Gegensatz von dem Wesen des Menschen, welches aus dem Verbrechen und den es begleitenden Umständen erhellt, im Sinn gehabt. Ein solches Rechtsprechen des Staatsoberhaupts steht indessen mit dem Volksurtheil im geraden Widerspruch, das keinem Menschen den Beruf sittlicher Vergeltung einräumt, wie schon oben bemerkt wurde. — Die Thatsache, aus welcher man diese Theorie abstrahirt hat, ist schwerlich eine andere als die, daß das Staatsoberhaupt dem Verbrecher die gerechte Strafe schenkt, wenn aus seinem, dem Verbrechen vorausgegangenen, Leben erhellt, daß er besser ist als seine That und darum Mitleid verdient. Es handelt sich hier aber durchaus nicht darum, ein höheres Recht zur Geltung zu bringen.

§. 31.

Die Gnade vom Standpunkt des Idealismus.

Vom Standpunkt des Idealismus aus dient die Gnade so wenig wie die Strafe Menschenzwecken, sondern ist sich entweder Selbstzweck, oder wenigstens nur Mittel für Zwecke eines anderen Subjekts, als des Menschen. Der Idealist nemlich sieht auch hier nur das Ende der Entwickelung des Volksgedankens.

Die Einen, z. B. Kant, vermochten überhaupt nicht mit der Idee der Gnade neben der Idee des Rechts fertig zu werden,

Digitized by Google

es schien ihnen die Realisirung der Idee der Gnade die des Rechts gradezu aufzuheben. Kant erklärt darum das Begnadigungsrecht für das schlüpfrigste unter allen Rechten des Souveräns um den Glanz seiner Hoheit zu beweisen und dadurch in hohem Grad unrecht zu thun. Er verlangt, daß soviel der Mörder sind soviele den Tod erleiden müssen. Es handelte sich ja bei der Strafe um Erfüllung einer sittlichen Pflicht, und man vermochte sich mit derselben nicht das Unterlassen dieser Pflichterfüllung, und das war ja die Gnade, zusammen zu reimen.

Andere wurden mit der Gnade nicht so leicht fertig. Sie fanden dieselbe als einen sittlichen Gedanken vor, dessen Berechtigung zu leugnen sie sich nicht getrauten. Nach ihrer Ansicht handelte es sich darum, durch die Gnade die sittliche Idee der Güte zu verwirklichen. Wie diese Idee mit der des Rechts in Einklang zu bringen sei, wenn man vom Menschenwohl absah, wurde freilich nicht offenbar. Die Meisten verfielen beim Versuch, diese Vereinigung zu bewerkstelligen, dem Gedanken, daß in der Gnade sich ein höheres, übermenschliches Recht Bahn breche. — Während man von Stahl nach seiner Ansicht über die Strafe vermuthen sollte, er werde die Gnade dann Platz greifen lassen, wenn der wider die Herrlichkeit des Staats sich Auflehnende reuig zum Gehorsam zurückkehrt, nemlich selbst sich demüthigt, um Gnade bittet, seine Auflehnung verdammt, und Unterwerfung für die Zukunft gelobt, sagt er uns: es müsse sich auch in dem äußeren Reich des Staats neben der Herrschaft der Gerechtigkeit die Liebe zum Individuum offenbaren, sie liege im Wesen der sittlichen Idee wie diese, und sei eine Herrscheridee wie diese, der der Strafe Verfallene könne noch Gnade finden. Sein Versuch beide Ideen nebeneinander zu verwirklichen ist eigenthümlich. Er nimmt nemlich an, die Gerechtigkeit bleibe dadurch gewahrt, daß das Gericht über den Schuldigen gesprochen habe. Freilich bleibt nun im Dunkeln, weshalb das Sprechen des Gerichts nicht in allen Fällen ausreicht, sondern in den meisten Fällen die Vollziehung

Digitized by Google

der erkannten Strafe nöthig ist, um die Gerechtigkeit zu wahren, insbesondere aber erhellt nicht, wie im bloßen Sprechen des Gerichts über den Schuldigen die Herstellung der Herrlichkeit des Staats durch Vernichtung oder Leiden dessen, der sich wider sie empört hat, liegen kann.

Hegel spricht sich über die Gnade sehr unbestimmt aus. Er sagt: aus der Souveränetät des Monarchen fließe das Begnadigungsrecht der Verbrecher, denn ihr komme die Verwirklichung der Macht des Geistes zu, das Geschehene ungeschehen zu machen, und im Vergeben und Vergessen das Verbrechen zu vernichten. Nach Hegels Lehre über die Strafe sollte man annehmen, Gnade oder Erlaß der Strafe sei am Platz, wenn der existentgewordene verbrecherische Wille sich selbst vernichte, zu seiner Aufhebung also Strafe nicht weiter erforderlich sei. — Hegels Anhänger verwenden die Gnade theils im materialistischen Sinn, theils betrachten sie dieselbe als Mittel einem höheren Recht Geltung zu verschaffen, so daß das Staatsoberhaupt die Schuld des Verbrechers nicht vom objektiv sittlichen, — rechtlichen — sondern vom absolut sittlichen Standpunkt zu beurtheilen haben soll.

§. 32.

Die Gnade vom Standpunkt des Materialismus.

Der Materialismus oder das Einzeldenken weiß nur von einer Gnade aus Politik. Die Gnade ist ein Mittel um diesen oder jenen Vortheil zu erreichen, und am Platz, sobald der Einzelne einen größeren Nutzen vom Erlaß der Strafe erwartet, als von deren Vollziehung.

Eine Fraktzion der Materialisten sieht in der Gnade nur ein Mittel *den Rechtsregeln* Geltung zu verschaffen. Zu diesen zählt z. B. Feuerbach, aber nur zum Theil. Die Gnade ist ihm ein Mittel, einerseits um einen Widerspruch des förmlichen Rechts mit dem materiellen auszugleichen, andererseits um den rechtlichen Zustand gegen dringende Gefahren zu erhalten, und um die ab-

Digitized by Google

schreckende Autorität des Gesetzes aufrecht zu erhalten, wenn die volle Strenge des Rechts in Grausamkeit übergehen und dadurch moralischen Abscheu gegen das Gesetz oder Gleichgültigkeit gegen dessen Strafe hervorbringen müßte. Er läßt darum Gnade zu, damit ein Mitglied einer Räuberbande oder einer Verschwörung seine Mitgenossen angiebt oder ausliefert, oder wenn eine ganze Stadt oder Provinz sich des Hochverraths schuldig gemacht hat. Andere haben Bedenklichkeiten gegen die Gnade als Mittel die Härten des Gesetzes in der Anwendung aufzuheben, theils weil dadurch bewirkt werde, daß schlechte Gesetze fortbestehen blieben, theils weil diese Ansicht bewirke, daß die Verbrechen vermehrt würden, weil die Verbrecher dann darauf rechneten, daß das Strafgesetz doch nicht zur Anwendung komme. Wieder Andere halten es für zweckmäßig harte Strafen zu drohen, sie aber in der Mehrzahl der Fälle nicht zu vollziehen, vielmehr Gnade eintreten zu lassen. Ferner wird die Gnade verwendet als Mittel die moralische Besserung der Sträflinge zu belohnen und dazu anzuspornen. Die zweite Fraktion will auch dann Begnadigung, wenn es sich nicht um Geltung der Rechtsregeln, sondern um sonstige Vortheile handelt, z. B. wegen des Standes des Verbrechers, im Fall zu erwarten sei, daß durch die Vollziehung der Strafe das für das Bestehen des Staats nothwendige Ansehen des Standes untergraben werde; wenn zu hoffen steht, daß der Verbrecher durch seine besondere Geschicklichkeit dem Staat großen Nutzen bringen werde; wenn man den Verbrecher zu einer gefährlichen Arbeit nöthig hat, die kein anderer verrichten will; wenn bei Bestrafung aller Verbrechen Entvölkerung des Landes zu erwarten sei, u. d. m. . . . . .

Diese sämmtliche Begnadigungsgründe, in soweit sie nicht mit den im §. 29 erörterten zusammenfallen, widersprechen dem sittlichen Bewußtsein des Volks, insbesondere die Verwendung der Gnade um einen Menschen zur Treulosigkeit zu verführen, und es ist ein Leichtes jedem Vortheil, den man durch sie erreicht,

Digitized by Google

einen gleich großen Nachtheil, welchen sie erzeugen, zur Seite zu stellen. Sie beweisen schlagend die Unfähigkeit des Einzelnen aus sich heraus Lebensregeln für das Volk zu bilden.

Es ist kein anderer Satz über Begnadigen zum positiven Rechtssatz geworden als der, daß das Staatsoberhaupt befugt sei, die verwirkten Strafen nach seinem Ermessen zu erlassen. Damit ist die Möglichkeit gegeben, daß das Begnadigungsrecht aus individuellen Gründen ausgeübt werden kann, sei es, daß sie im besondern Empfinden, sei es, daß sie im besondern Denken des Inhabers des Begnadigungsrechts ihren Ursprung haben. Für die Wissenschaft sind solche Gründe nicht greifbar. —

Sechstes Kapitel.

Das subjektive Recht auf Strafe und dessen mögliche Verwirklichung.

§. 33.

Das subjektive Recht des Staats auf Strafe.

Die Strafe dient zur Befriedigung irgend Jemandes. Derjenige, dessen Befriedigung sie bezweckt, zu dessen Gunsten sie da ist, will, daß sie über den Verbrecher verhängt werde, und sein Interesse an der Strafvollziehung bestimmt ihn dieses zu wollen. Die Strafregel ist eine Rechtsregel, und darum kann derjenige dessenwegen sie gesetzt ist, fordern, daß sein Wille mit Gewalt durchgesetzt und der Verbrecher gezwungen wird, die Strafe zu leiden. Diesem Recht entspricht die Pflicht des Verbrechers sich dem Willen des Anderen zu unterwerfen, er ist schuldig die Strafe zu erleiden, und es hängt von seinem Willen nicht ab, ob er seine Schuld tilgt oder nicht.

Digitized by Google

Ist die Strafe zu Gunsten eines Einzelnen da, insbesondere des in seinen subjektiven Rechten Verletzten — und das kann sie nur, wenn sie Genugthuung durch Rache oder Freude an der Geldbuße bezweckt — so erscheint dieser Private als der Strafberechtigte, was in der Gegenwart nur bei Injurien der Fall ist. Hat die Strafe dagegen den Zweck, das ganze Volk zu befriedigen — sei es um ihm durch Rache Genugthuung, sei es um ihm durch Furchterregung Sicherheit zu verschaffen — so stellt sich der Staat als derjenige dar, welchem dem Verbrecher gegenüber ein subjektives Recht auf Erleiden der Strafe zusteht. — Im ersteren Fall ist der Verbrecher Schuldner des Privaten, im anderen Schuldner des Staats, das Recht und die Pflicht selbst aber in beiden Fällen völlig gleich.

In diesem Sinn haben auch die Juristen fast stets die Strafe aufgefaßt und sie als ein Forderungsrecht des Staats gegen den Verbrecher aus der Uebertretung des Strafgesetzes bezeichnet *).

Anders verhält es sich vom Standpunkt des Idealismus. Bezweckt die Strafe nicht Befriedigung der Menschen, sondern ist sie Selbstzweck oder dient sie dem Recht als Subjekt gedacht, so kann auch von einem subjektiven Recht der Menschen auf Strafe keine Rede sein. Die Menschen erscheinen vielmehr nur als Procuratoren des Subjekts, zu dessen Gunsten die Strafe überhaupt besteht, sie üben ein fremdes Recht aus, und insofern sie dabei als Müssende vorgestellt werden, erfüllen sie mit der Bestrafung eine Pflicht, die ihnen gegenüber dem Strafberechtigten obliegt. Ihr Interesse besteht nur darin, die üblen Folgen der unterlassenen Pflichterfüllung abzuwenden und dieses Interesse bestimmt sie zur Bestrafung des Verbrechers, nicht eine positive Befriedigung, die ihnen aus der Bestrafung erwüchse.

*) s. z. B. Heffter Lehrbuch des Strafrechts §. 6.

Digitized by Google

§. 34.

Die möglichen Arten das Forderungsrecht auf Strafe zu verwirklichen.

Das Recht auf Strafe gegenüber dem Verbrecher kann denkbarerweise auf dreierlei Art verwirklicht werden.

1) Der Verbrecher oder der Schuldige versteht sich *freiwillig* zur Tilgung seiner Schuld. Die nothwendige Voraussetzung ist hier, daß die Betheiligten den Umfang der Schuld kennen, und der Bestimmung derselben durch einen Dritten nicht bedürfen. Es genügt beim Erleiden anderer als Vermögensstrafen auch nicht, daß der Verbrecher Tilgung seiner Schuld offerirt, sondern es wird erfordert, daß der Berechtigte weiß, ob der Andere sein Schuldner wirklich ist und wie groß die Schuld ist. Das wirkliche Vorhandensein der Schuld ist die nothwendige Bedingung seines Interesses an der Strafe, und er hat vielmehr ein Interesse daran, daß die Strafe ohne diese Bedingung *nicht* erlitten wird.

2) Der Schuldner weigert sich die Strafe zu erleiden, sei es, daß er überhaupt bestreitet Schuldner zu sein, oder daß er über die Größe seiner Schuld sich mit dem Berechtigten nicht verständigen kann, oder endlich, daß er eben seine Schuld, deren Existenz er nicht leugnet, nicht tilgen *will*. Allein der Berechtigte selbst zwingt den Verbrecher die Strafe zu leiden, hilft sich selbst. Die Voraussetzung dieser Selbsthilfe ist auch hier für den Berechtigten die unter 1. erwähnte: Ueberzeugung, daß die bestimmte Person sein Schuldner in bestimmtem Umfang sei.

3) Der Berechtigte ruft die Hilfe des Gerichts zur Verwirklichung seines Rechts an. Er *kann* das nur, wenn er von dem Vorhandensein seines Rechts überzeugt ist, und hat keinen anderen Beweggrund hierzu, als den, daß er sich nicht selbst helfen kann oder darf, und der Schuldner gleichwohl freiwillig seine Schuld nicht tilgt. Die Hilfe des Gerichts, als eines unbetheiligten Dritten, ist dadurch bedingt, daß es sich von dem Vorhan-

Digitized by Google

denſein des beanſpruchten Rechts überzeugt hat, wenn der Schuldner daſſelbe beſtreitet, oder daß der Schuldner das Recht einräumt, und die Nichterfüllung der Pflicht ſich allein auf ſeinen böſen Willen oder, wenn es ſich um Vermögensſtrafen handelt, auf ſeine Inſolvenz gründet. Im erſteren Fall hat das Gericht über das Daſein des beanſpruchten Rechts zu entſcheiden, im anderen den böſen Willen des Schuldners zu brechen. Dieſer letztere liegt auch dann vor, wenn der Schuldner, ungeachtet des Richterſpruchs, ſeine Schuld nicht tilgt. Ich will nun unterſuchen, welcher dieſer Wege geſchichtlich eingeſchlagen worden iſt.

§. 35.

Die Zeit vor dem Inquiſitionsprozeß.

Als die Strafe vorwiegend dem Intereſſe des Verletzten diente, half ſich dieſer unter Beiſtand ſeiner Genoſſen zunächſt ſelbſt, im Fall ſich der Verbrecher nicht freiwillig der Strafe unterzog. Später verdammte jedoch das Volk die Selbſthilfe auch bei dem Recht auf Strafe, wie es ſie zur Geltendmachung irgend eines Rechts für unſtatthaft erklärte. Der allgemeine Grund für dieſe Volks-Lebensregel iſt natürlich die Ueberzeugung des Volks, daß die Selbſthilfe nicht im allgemeinen Intereſſe liege, ſondern die Wohlfahrt ſtöre. Der beſondere Grund kann kaum ein anderer ſein, als der, daß die Erfahrung zeigte, wie die Menſchen einerſeits geneigt ſeien, da Rechte ihres Intereſſes wegen anzunehmen, wo ſie keine haben, oder wenigſtens größere als ihnen zukommen, und andererſeits wie ſie beim Brechen des Widerſtandes des Pflichtigen rückſichtsloſer verfuhren, als nöthig war. Nachdem das Verbot der Selbſthilfe zur allgemeinen Lebensregel geworden, erſchien es unſittlich, ſich ſelbſt zu helfen. Das Verbot oder die Unſittlichkeit der Selbſthilfe wird auch ſo ausgedrückt: „es kann keiner in eigner Sache Richter ſein.“ Damit wurde auch die Erſcheinung, daß Jemand ſich den

Digitized by Google

Anschein giebt, als wäre er Richter und wolle unparteiisch entscheiden, ungeachtet es sich um ein von ihm beanspruchtes Recht handelt, unter das Verbot der Selbsthilfe gestellt, und das Selbstrichten zu den unsittlichen Handlungen gezählt. — Das Volk ging noch weiter; es blieb nicht beim Satz, daß Niemand Richter in eigener Sache sein könne, also da nicht, wo es sich um sein Recht, oder auch um seine Pflicht handelt, stehen, sondern stellte die weitere Regel auf, daß jedes Interesse, auch wenn es nicht die Gestalt eines Rechts annehme, zum Richten unfähig mache, daß es unsittliche Selbsthilfe sei, wenn Einer da richten wolle, wo sein Urtheil, je nachdem es so oder anders ausfällt, seinen besonderen Wünschen dient oder entgegen ist.

Unter der Herrschaft dieser Regeln mußte also der auf Strafe Berechtigte die Hilfe des Gerichts in Anspruch nehmen, wenn der Verbrecher seine Schuld nicht freiwillig tilgte *).

Die Volksgenossenschaft oder der Staat war Anfangs ohne einen Vertreter seines Interesses an der Strafe. Dieses erhielt nur Befriedigung, wenn und soweit es mit der Geltendmachung des Rechts des verletzten Privaten zusammenfiel. In demselben Maas jedoch als das öffentliche Interesse an der Strafe dringender wurde und sich zum Recht des Staats auf Strafe ausbildete, äußerte sich auch das Bedürfniß nach einem Vertreter des Staats, nach einem Verwalter seiner Rechte aus Uebertretung der Strafgesetze gegen den Verbrecher. — Bekanntlich fiel das Amt eines Procurators des Staats bald dem Verletzten, bald jedem im Volk, bald dem bisherigen Gericht zu. In Deutschland vertrat erst der Verletzte den Staat mit, dann wurde — abgesehen von den Vermögensstrafen für die es zum Theil besondere Verwalter gab, weil der Staat neben dem Verletzten Bußen bezog — das Gericht zum Verwalter der Rechte des Staats neben dem Verletzten,

*) Im Landfrieden von 1235 heißt es: „was auch Jemand widerfahre, daß er es nicht selbst räche, er klag es seinem Richter."

Digitized by Google

insbesondere für den Fall, daß dieser nicht klagen wollte *), endlich war von keinem Recht des Verletzten auf Strafe — Injurien ausgenommen — die Rede mehr, und das Gericht allein erschien als Procurator des Staats zur Verwirklichung der Rechte desselben aus Uebertretungen von Strafgesetzen. Damit trat der Inquisitionsprozeß in die Reihe der Erscheinungen ein. —

Siebentes Kapitel.

Der Inquisitionsprozeß.

Das Wesen des Inquisitionsprozesses.

„Inquisitio est, quando judex personam actoris et judicis obtinet" sagt schon Gobler ad art. 6 Carolina, und so ist es auch trotz allen Gegenredens geblieben **). Die älteren Criminalisten haben vor den späteren unbedingt den Vorzug der naiven Offenheit. Im Inquisitionsprozeß hat der Staat einen Prokurator gewonnen, aber um den Preis des Richters. Der Inquisitionsprozeß ist Selbsthilfe mit prozessualischen Formen oder unter dem Schein der Richterhilfe, er ist Administrativjustiz. Als der Inquisitionsprozeß zur Lebensregel wurde, verletzte das Volk seinen eigenen sittlichen Gedanken, daß Selbsthilfe unerlaubt sei, und Keiner Richter in eigner Sache sein könne. Das Volk ist darüber weder zu loben noch zu tadeln: es handelte ohne Zweifel seiner Einsicht und seinem Bedürfniß gemäß. Sollte Jemand glauben, der Inquisitionsprozeß sei dem Volksdenken fremd geblieben, und nur von den Juristen ausgebildet worden, so würde das ein ge-

*) s. Art. 214 Carolina.

**) cf. z. B. Feuerbach Lehrb. des peinl. Rechts §§. 520 und 623; Heffter Lehrb. des gem. deutschen Strafrechts §. 582. Hegel, Rechtsphilosophie §. 220 sagt ganz richtig: „statt der verletzten Parthei tritt das verletzte Allgemeine auf, das im Gericht eigenthümliche Wirklichkeit hat, und übernimmt die Verfolgung und Ahndung des Verbrechens.

Digitized by Google

schichtlicher Irrthum sein. Das Volk befand sich mit seinen Juristen in vollkommener Harmonie, wenn auch letztere selbstverständlich bei Bildung prozessualischer Regeln vorzugsweise thätig waren. Theils verdeckte ihm der allmälige Uebergang vom unpartheiischen Richter zwischen dem Verletzten und dem Verbrecher, und vom Begünstiger des Privatanklägers *) bis zum Staatsprokurator die wahre Natur des Inquisitionsrichters, so daß man ohne Arg vom Richter als Kläger redete. Daß auch der Umstand, daß der Inquisitionsrichter nur Mandatar des Staats, als des auf Strafe Berechtigten, war, und kein eignes Recht zur Geltung brachte, dazu mitwirkte, ist zwar nicht ersichtlich, wohl aber möglich, eben so wie es gewiß ist, daß der Beauftragte seine Interessen mit denen der Mandanten identifizirt. Theils mochten die damaligen Zeitumstände Selbsthilfe erheischen, nemlich ein rasches, rücksichtsloses, vom Partei-Interesse gedrängtes Verfahren, um sich der Räuber- und Diebsbanden und sonstiger in Masse andrängender Verbrecher zu erwehren, wozu sich am allerwenigsten der damalige Civilprozeß eignete. Wir finden auch bei fast allen Völkern die Erscheinung, daß, sobald sie die Strafe als eine allgemeine Angelegenheit betrachten, auf dem Wege der Selbsthilfe prozedirt wird, oder das Inquisitionsprinzip. So heißt es z. B. pr. I. de publ. jud.: „publica judicia neque per actiones ordinantur, nec omnino quidquam simile habent cum caeteris judiciis de quibus locuti sumus, magnaque diversitas est eorum in instituendis, et in exercendis. Der Unterschied, um das es sich handelt, ist kein anderer als der zwischen Selbsthilfe und Richterhilfe.

Als die Naivetät verschwand und das Gewissen über die Verletzung der eignen sittlichen Lebensregel sich regte, fand man

*) Früher verhaftete man den Ankläger gleich dem Angeklagten, und machte ihn für die Richtigkeit seiner Anklage verantwortlich. Nachher hob man diese Einrichtung auf, damit nicht die Menschen aus Furcht Anklagen unterließen, und Verbrechen unbestraft blieben. s. Carpzov a. a. O. q. 105 n. 4.

Digitized by Google

theils im Idealismus, theils in der Sophistik Trost und Beruhigung. Jener zeigte, daß es sich ja bei der Strafe um ein Parteiinteresse des Volks gar nicht handele, daß der Staat gar kein subjektives Recht in der Bestrafung des Verbrechers zur Geltung bringe, daß er darum auch gar nicht Partei sei. Aber außerdem, daß er sich selbst täuschte, vergaß er auch, daß die Menschen jedenfalls Mandatare des berechtigten Subjekts waren, daß sie ein Interesse hatten ihre Pflicht zu erfüllen, und daß darum der, welcher das Recht auf Strafe zu verwirklichen aus sich heraus den Willen hatte, welcher die Bestrafung betrieb, Procurator des Berechtigten war, mochte dieser nun das Volk oder das Recht selbst sein. Die Sophistik aber lieferte den Beweis, daß weil der Staat keine Interesse an Bestrafung Unschuldiger habe, — daß er eins an Bestrafung der Schuldigen habe, bestritt man nicht — der Inquisitionsrichter kein Parteigänger sei, sondern interesselos die Wahrheit erforsche, und ebenso die Rechtsnormen anwende. Daß es im Leben anders war, erklärte man für Mißbrauch, an dessen Beseitigung man sich freilich vergeblich abquälte, weil gute Ermahnungen gegen die Natur der Sache nichts vermögen.

Noch spät als der Inquisitionsprozeß schon längst zur Herrschaft gekommen und der Richter zum Staatsprokurator geworden war, hatte man Anklageformen, es ragten die Consequenzen des alten Princips in das Neue hinein. Es ist das der Anklageprozeß, wie er uns in der Mitte des vorigen Jahrhunderts entgegentritt *) und in den Lehrbüchern des Strafprozesses fast noch bis in die jüngste Zeit gelehrt wird. — Der Inquisitionsrichter, oder nennen wir ihn beim rechten Namen, der Staatsprokurator, schritt von Amtswegen ein, sobald er auf irgend eine Weise Kenntniß von der Verübung eines Verbrechens erlangte. Er suchte sich die Ueberzeugung zu verschaffen, ob ein Verbrechen verübt,

*) m. s. z. B. P. G. O. für Kurhessen vom 23. April 1748.

Digitized by Google

und wer der Urheber desselben sei, also ob dem Staat und gegen wen ein Recht auf Strafe zustehe. Hatte er sich diese Ueberzeugung verschafft, dann handelte es sich weiter um Beschaffung von Beweismitteln *). Die Verurtheilung erfolgte nicht auf Ueberzeugung, sondern nach dem positiven Beweisrecht, d. h. wenn Geständniß des Verbrechers oder zwei Zeugen vorhanden waren. Da es in der Regel an Zeugen fehlte, beschränkte sich das weitere Verfahren des Inquisitionsbeamten auf das Streben, ein Geständniß des Verbrechers zu erlangen oder wenigstens so viel Indicien zu sammeln, um auf die Tortur erkennen zu können.— „Gestehen" hieß nicht etwa die Wahrheit sagen, sondern das sagen, was der Inquirent bereits vorher für die Wahrheit hielt. War nun auch dieses Verfahren beendigt, dann setzte sich der Inquisitionsbeamte auf den Richterstuhl, bestellte einen peinlichen Ankläger, ließ von demselben einen Anklageakt verfertigen, und die Sache zwischen dem Ankläger und dem Angeklagten oder dessen Vertheidiger in civilprozessualischer Weise zu Ende verhandeln; legte beim Leugnen Beweis auf, ließ Beweis antreten, nahm die Beweismittel auf und gab dann ein Endurtheil. —

Es leuchtet ein, daß diese Prozedur eine Parodie der Richterhilfe war. Als solche wurde sie auch gegen das letzte Viertel des vorigen Jahrhunderts fast überall angesehen und aufgehoben. In den deshalbigen Verordnungen hieß es: die Erfahrung habe gezeigt, daß die Bestellung eines Amtsanklägers und die Formirung eines besonderen accusatorischen Prozesses unnöthig und über-

*) Tit. IV. §. 6 der kurhessischen P. G. O. vom 23. April 1748 bestimmt: „Dafern nun weder bei der Person des Missethäters noch dem corpore delicti selber einiger gegründeter Zweifel obwaltet, so sollen die Beamten zum wirklichen Angriff schreiten, auch in delictis facti transeuntis, welche schwer zu beweisen, und deswegen auch probabiles conjecturae zur Ausfindigmachung eines solchen corporis delicti hinlänglich sind, die angebrachten tüchtige und redliche Anzeigen, extrajudiciale Bekenntniß der Verdächtigen, Aussage der vorhandenen Zeugen und dergleichen zum Protokoll aufnehmen, und die verdächtige Missethäter darüber umständlich vernehmen."

Digitized by Google

flüssig, ja für den Delinquenten mit Verlängerung der Untersuchungshaft und für den Staat mit Kosten verbunden sei. — Freilich befürchtete man auch, dem Vertheidiger könne es in diesem accusatorischen Verfahren gelingen, den Inquisit der verwirkten Strafe zu entziehen *). Damit war auch jeder Schein einer Richterhilfe verschwunden. Doch nein, etwas von diesem Schein blieb: theils das positive Beweisrecht, theils die Specialinquisition und das artikulirte Verhör. — Die nackte Selbsthilfe fragt nicht: kann ich auch mein Recht beweisen, — wem soll sie es beweisen? — sondern nur: habe ich ein Recht? aber der Inquisitionsrichter durfte nur verurtheilen, wenn Beweis vorlag, er durfte also nur unter einer zweiten Bedingung Selbsthilfe üben. Er bewies sich als Richter, daß das was er als Staatsprokurator glaubte, die Wahrheit oder vielmehr dem gesetzlichen Begriff von Wahrheit, entsprechend sei. Indessen diese gesetzliche Beweistheorie wurde sofort selbst wieder zu einem blosen Schein, hinter dem die Ueberzeugnng des Inquisitionsbeamten von der Schuld als das Wirkliche stand. Das Gesetz gestattete nemlich Anwendung von Gewalt, um ein Geständniß zu erzielen, wenn der Inquisitions-

*) So meint Carpzov a. a. O. q. 89: es sei besser für den Staat per viam inquisitionis summarie et sublato velo absque longo litis suflamine contra reum zu verfahren, als per processum ordinarium multos ambages ac circuitiones invehi, quibus saepe numero poenae delictorum negliguntur. Insbesondere waren es die Vertheidiger, die man fürchtete und darum möglichst bei Seite schob, namentlich durch die Behauptung, der Richter habe für die Vertheidigung des Angeschuldigten zu sorgen. Das. q. 105 n. 45 In demselben Maas wie sich das Interesse an der Bestrafung mehrte, beschränkte man die Vertheidigung des Beschuldigten. Bei den s. g. delictis exceptis: Raubmord, Majestätsbeleidigung, Falschmünzen, Gotteslästerung und Zauberei, schloß man Vertheidigung durch einen Advocat und Appellation aus, wich von den üblichen Prozeßformen ab, torquirte ohne zureichende Indizien, und zwar wiederholt, und begnügte sich mit dem abgefolterten Geständniß zum Beweis des objektiven Thatbestandes. Man machte „kurzen Prozeß."

Was C. zu Gunsten des Inquisitionsprozesses sagt, ist später für noch summarischere Prozeduren geltend gemacht worden.

Digitized by Google

richter die Ueberzeugung von der Schuld des Inquisiten erlangt hatte. Man zwang den letzteren, erst durch die Folter im engeren Sinn, nachher durch die Untersuchungshaft mit Zubehör, zum Geständniß, also das für wahr zu erklären, was der Inquisitionsbeamte für wahr hielt.

Der zweite Schein, welcher blieb, war die Specialinquisition oder Hauptuntersuchung und das artikulirte Verhör oder die feierliche Untersuchung. Nachdem der Inquisitionsbeamte bis dahin vorgeschritten war, wo früher ein Amtsankläger bestellt wurde und der accusatorische Prozeß begann, formirte er jetzt selbst eine Art Anklage und verhandelte über diese mit dem Inquisiten, führte sich selbst Beweis mit den Mitteln, die er selbst herbeigeschafft u. s. w. Freilich ebenfalls eine sehr überflüssige, nichts sagende Prozedur, bei der man nicht vom Fleck kam, sondern immer wieder den alten Kohl aufwärmte, im Fall es nicht in ihr noch gelang, den Inquisiten zum Geständniß zu bringen. Was nun diesem Akt an Inhalt gebrach, das suchte man durch Feierlichkeiten zu ersetzen.

§. 37.

Die logischen Folgen des Inquisitionsprinzips oder der Selbsthilfe.

Die Folgen des Inquisitionsprinzips *) sind theils formelle, die sich als logische Consequenzen ergeben, theils materielle, die aus der menschlichen Natur, wie sie einmal ist, sich entwickeln.

*) Man hat zwischen Inquisitions- und Untersuchungsprozeß unterschieden, und als charakteristisches Kennzeichen des letzteren den Umstand aufgeführt, daß der Verbrecher von Gesellschaftswegen verfolgt werde. Damit trifft man aber das Wesen der Prozeßart nicht entfernt, sondern kommt nicht über die Person des Strafberechtigten hinaus. Man änderte den Namen nur scheinbar, wie man die Sache nur dem Schein nach änderte. Während man dort deutsch statt lateinisch redete, blieb man hier im wesentlichen beim Prinzip der Selbsthilfe stehen, brach jedoch einige Spitzen desselben, die am tiefsten ins Fleisch des Volks hineinragten, ab.

Digitized by Google

Die ersteren sind im wesentlichen folgende:

1) Bei der Identität des Klägers und des Richters ist eine Tilgung der verbrecherischen Schuld ohne richterliche Mitwirkung undenkbar. Selbst wenn der Verbrecher freiwillig leisten will, was er schuldig ist, kommt es zu einem „Richterspruch" über die Schuld. — Der auf Strafe Berechtigte oder sein Geschäftsführer muß unter allen Umständen sich über sein Recht vergewissern und sich darüber erklären, ob er die angebotene Leistung annehmen will, und sie dann entgegennehmen.

2) Der Richter schreitet von Amtswegen ein, sobald Verdacht vorliegt, daß Jemand ein Verbrechen verübt habe, um sich zu überzeugen, ob dem Staat, seinem Geschäftsherrn, ein Recht auf Strafe zustehe, d. h. er untersucht den Sachverhalt.

3) Der Geschäftsherr hat, wie schon bemerkt, kein Interesse an Bestrafung Unschuldiger, sondern geradezu ein entgegengesetzes. Der Geschäftsführer kann darum bei der Erklärung Jemandes, daß er ein Verbrechen verübt habe, und Strafe erleiden wolle, nicht stehen bleiben, ihm gegenüber kann von dem prozessualischen Verzichtsprinzip keine Rede sein, sondern er muß die materielle Wahrheit erforschen, nemlich sich selbst überzeugen, ob ein Verbrechen vorliegt und wer der Urheber des Verbrechens ist. Er untersucht mithin ungeachtet des Geständnisses des Verdächtigen. Dieses ist ihm ein Beweis- oder Ueberzeugungsmittel, und kein Verzicht auf Beweis. Indessen werden wir weiter unten sehen, daß in dem Stadium des Inquisitionsprozesses, wo richterliche Ueberzeugung von der Schuld und Beweis auseinanderfallen, auch im Inquisitionsprozeß das Geständniß eine dem Verzicht sehr ähnliche Natur annimmt.

4) Der Richter hat die Vertheidigung des Inquisiten von Amtswegen zu führen, d. h. auf die Entlastungsmomente ebenso zu achten, wie auf die Belastungsmomente, eben weil es im Interesse des Staats nur liegt, daß der Schuldige, und zwar soweit

Digitized by Google

als dessen Schuld reicht, Strafe erleidet. Mit anderen Worten: der Richter hat die Wahrheit zu erforschen.

5) Hat der Richter den Sachverhalt vollständig untersucht, weiß er wie sich die Sache verhält, ob und welches Recht auf Strafe dem Staat zusteht, dann ist der Prozeß der Selbsthilfe eigentlich zu Ende und die Sache zum Urtheilsspruch reif. Dieser besteht darin, daß der Strafberechtigte resp. sein Geschäftsführer seine Ansicht über die ihm gegen den Inquisiten zustehenden Rechte ausspricht. Zu einem wirklichen Richterspruch kann es der Natur der Sache nach gar nicht kommen, sondern nur zu einem Parteiurtheil, und dieses vollzieht dann auch die Partei, ungeachtet des Widerstrebens des Gegners, d. h. eben sie hilft sich selbst. — Wenn dessen ungeachtet im Inquisitionsprozeß das Verfahren mit jener Untersuchung nicht abbricht, und sich das Urtheil nicht unmittelbar an die richterliche Ueberzeugung knüpft, sondern eine Art Beweisverfahren — der Zwang zum Geständniß — und eine Art Verhandlung zwischen dem Richter und dem Angeschuldigten — die Spezialinquisition — vorkommt, so hat diese Erscheinung ihren Grund in der Selbsttäuschung, daß es sich in der That um Richterhilfe handele, so daß der Inquisitionsprozeß sich eben nicht als die nackte Selbsthilfe, sondern als die Selbsthilfe unter dem Schein der Richterhilfe characterisirt.

6) Von einer Klage, Einlassung, Geständniß als Verzicht auf Beweis, Einreden, Replik, Beweisauflage u. s. w. kann im Inquisitionsprozeß gar keine Rede sein. Diese Handlungen setzen eben einen Dritten, dem geklagt, geleugnet und bewiesen wird, voraus. Sich selbst kann man nichts klagen. Der Strafberechtigte resp. sein Geschäftsführer, der Inquisitionsrichter, untersucht von Anfang bis zu Ende der Prozedur.

7) In der Natur des Inquisitionsprozesses liegt auch die Schriftlichkeit, d. h. daß der Inquisitionsrichter nach seinen schriftlichen Notizen urtheilt. Von einer schriftlichen Untersuchung kann nirgends die Rede sein, jede Untersuchung wird mündlich ge-

Digitized by Google

führt. Der Inquisitionsbeamte verständigt sich mit dem Inquisiten und den Auskunftspersonen nicht durch die Schrift, sondern mündlich. Aber er muß sich das, was er gehört hat, notiren, weil er es sonst nach Verlauf von einiger Zeit, wo eine Reihe anderer Untersuchungen in der Mitte liegt, vergißt. Und er traut seinen schriftlichen Notizen am Ende der Untersuchung *mehr*, als seinem Gedächtniß, und macht sie darum zur Grundlage seines Urtheils. Eine Untersuchung läßt sich nicht in Einem Tag beendigen, wie ein Prozeß vor dem Richter, sondern nimmt längere Zeit, ja Jahre in Anspruch, insbesondere wenn es sich darum handelt, den Inquisiten durch die Dauer der Untersuchungshaft zum Geständniß zu bewegen. — Der Inquisitionsprozeß müßte danach selbst dann Schriftlichkeit haben, wenn die Untersuchungen auch vom Mandatar des Staats unmittelbar, und nicht durch Commissionäre, die ihre Instrukzion von jenen erhielten, geführt worden wären. — Indem man dem Inquisit und den Auskunftspersonen die schriftlichen Notizen vorlas und sie von ihnen genehmigen und unterschreiben ließ, mochte man zwar einerseits daran denken, sich zu vergewissern, ob man die Aussage auch richtig aufgefaßt und sich nicht geirrt habe. Andererseits schwebte aber doch der civilprozessualische Gedanke vor, sich einen Urkundenbeweis gegen den Inquisiten zu verschaffen. Es liegt dieses wiederum in der Natur des Inquisitionsprozesses *als scheinbarer* Richterhilfe.

§. 38.

Die materiellen Folgen des Inquisitionsprinzips.

Der auf Strafe überhaupt Berechtigte, hier also der Staat, hat zwar kein Interesse an Bestrafung Unschuldiger, wohl aber eins daran, *daß alle Schuldigen, und keiner zu gelind*, bestraft werden, daß also alle wirklichen Rechte des Staats auf Strafe auch zur Geltung kommen, und es ist grade die Realisirung derselben das Amt und der besondere Beruf des Inquisi-

Digitized by Google

tionsbeamten. Man sieht nun, daß die Menschen in ihrem besonderen Beruf, wenn ihnen dieser recht am Herzen liegt, aufgehen, d. h. daß sie ihn als das Endziel betrachten, und alles Uebrige nur als Mittel zur Erreichung dieses Zwecks. Bei dem Jurist, dem Arzt, dem Finanzmann, dem Verwaltungsbeamten, dem Soldat, dem Künstler, dem Gelehrten, dem Industriellen, kurzum bei jedem, der sich für seinen Beruf interessirt, — und es ist dieses Interesse der beste Sporn zur Thätigkeit, den kein anderer Trieb zu ersetzen vermag — trifft diese Wahrnehmung mehr oder weniger zu. Daß sie auch beim Staatsprokurator und dem Inquisitionsrichter nicht ausbleibt, versteht sich also von selbst. Von einem Zweifel am guten Willen der bestimmten Persönlichkeit, ihren besonderen Beruf mit Sittlichkeit und Recht in voller Harmonie zu erhalten, ist keine Rede, wohl aber muß man die Möglichkeit bezweifeln, daß dieser gute Wille allein ausreicht, vielmehr wird der besondere Beruf das Urtheil trüben, und zu einem befangenen machen. Daraus folgt nun wieder nicht etwa, daß das Urtheil immer ein irriges ist, sondern, daß es solches sein kann, daß eine Garantie dafür fehlt, es sei in einem besonderen Fall ein der Wahrheit entsprechendes. Es läßt sich hiernach schon von Haus aus erwarten, daß der Inquisitionsbeamte oder Geschäftsführer des Staats in Betreff der Rechte desselben aus Verbrechen geneigt sein wird dem Streben, alle Rechte des Staats aus Verbrechen zu realisiren, die sonstigen Interessen in der Welt unterzuordnen.

Was man schon nach der menschlichen Natur annehmen konnte, hat sich denn auch in vollem Maas als vorhanden ergeben: die Selbsthilfe des Inquisitionsrichters nahm dieselbe Richtung, wie jede Selbsthilfe, er sah da Rechte des Staats oder größere, wo keine, oder kleinere existirten, oder wenigstens für einen Unbetheiligten nicht zu ersehen waren, und bediente sich der rücksichtslosesten Mittel die Rechte des Staats zu realisiren, warf alle ihm widerstrebenden Interessen zu Boden, wo es Erreichung

Digitized by Google

seines besonderen Ziels galt, das ihm als das Endziel alles Seienden sich darstellte. —

Der Inquisitionsbeamte wünschte für jedes Verbrechen den Urheber zu finden. Dieser Wunsch machte ihn geneigt bei wenigen Verdachtsgründen gegen eine bestimmte Person an deren Schuld zu glauben, er überzeugte sich leichter von der Schuld als ein Unbetheiligter. Handelte es sich nun um die Herstellung des Beweises, insbesondere um das Geständniß des Beschuldigten *), so erreichte man in den meisten Fällen durch einfaches Verhören diesen Zweck nicht, und griff deshalb in der Regel zur List, Täuschung **) und Gewalt ***), insbesondere zur Verhaftung und

*) Nach dem Sprachgebrauch der Juristen hieß der Inquisit in diesem Stadium der Verdächtige. Den Gegensatz hiervon bildet aber nicht die Gewißheit der Schuld, sondern der Beweis der Schuld nach dem positiven Beweisrecht. Verurtheilte man Einen, wie das später nach Aufhebung der Tortur vorkam, auf Verdacht, so hieß das nicht etwa auf bloße Vermuthungen ohne Ueberzeugung der Schuld, sondern ohne Vorhandensein von Beweis im technischen Sinn.

**) Carpzov a. a. O. q. 149 untersucht sehr gründlich, ob die Annahme der Rechtsgelehrten, der Richter sei befugt, den Inquisit zu belügen, zu bedrohen, und ihm fälschlich Straflosigkeit zuzusichern, zu billigen sei. Er mißbilligt sie zwar, aber in der Praxis scheint denn doch die andere Ansicht fortgeherrscht zu haben.

***) Man verheimlichte sich zu keiner Zeit, daß die Tortur ein durchaus unzuverlässiges Mittel sey, die Wahrheit zu erforschen und zur Verurtheilung Unschuldiger führe, aber man glaubte sie des Beweises wegen nicht entbehren zu können. In l. l. §. 23 de quaestionibus (48. 18) wird gesagt: „quaestioni fidem non semper, nec tamen nunquam habendam, constitutionibus declaratur; et enim res est fragilis et periculosa, et quae veritatem fallat. Nam plerique patientia sive duritia tormentorum ita tormenta contemnunt, ut exprimi eis veritas nullo modo possit; alii tanta sunt impatientia, ut quodvis mentiri quam pati tormenta velint; ita fit ut etiam vario modo fateantur, et non tantum se, verum etiam alios criminentur.“ M. s. a. Carpzov l. c. q. 117. In Kurhessen wurde die Tortur durch Reskript vom 29. April 1785 aufgehoben. Darin heißt es: man habe wahrgenommen, daß die Tortur ein sehr trügliches Mittel sei, die Verbrecher zum Bekenntniß der Wahrheit zu bringen, ein robuster Schuldiger halte sie aus, ein schwäch-

Digitized by Google

Isolirung der Verdächtigen *). — In der zum Recht erhobenen Selbsthilfe — sie war Rechtens sowohl um die Wahrheit zu erforschen, d. h. sich eine Ueberzeugung zu verschaffen ob man Rechte aus Verbrechen habe, als um die Rechte aus Verbrechen zu verwirklichen — hatte man dem Grundsatz gehuldigt: „der Zweck heiligt das Mittel," und es machte sich nun dieser Grundsatz bei jeder Einzelheit der Prozedur geltend. Alles was sich als Mittel darstellte, die Wahrheit zu erforschen, oder Beweis herzustellen, wurde als gerechtfertigt angesehen und angewendet, ohne alle Rücksicht, ob es mit sonstigen sittlichen Lebensregeln im Widerspruch stand, und ob es die besonderen Interessen des Beschuldigten aufs empfindlichste verletzte oder nicht. Diesem Untersuchungszweck gegenüber ging die Selbstzweckfähigkeit des Einzelnen völlig zu Grund.

Aber der Abfall des Volks von seiner eignen sittlichen Lebensregel rächte sich bitter an ihm. Es griff zur Selbsthilfe um sich zu sichern, und seiner sittlichen Entrüstung genug zu thun, und allgemeine Unsicherheit sowie Verletzung seiner besten Gefühle, sowohl des Sittlichkeitsgefühls als des Mitgefühls mit den

---

licher und ängstlicher Mensch gestehe unschuldig um dem Schmerz zu entgehen, deshalb solle die Tortur als Regel abgeschafft sein, und der Delinquent, wo es seine Hartnäckigkeit erfordere, durch — Stock- und Peitschenschläge zum Bekenntniß gebracht werden. — Es ergiebt sich hieraus zugleich bis zur Evidenz, daß man durch die Folter und die ihr analogen Mittel nicht entfernt beabsichtigte, die Wahrheit zu erforschen, sondern sich ein Beweismittel zu verschaffen. Darum heißt auch der Inquisit, während des ganzen Prozesses: „Missethäter" oder „Delinquent." Die Wahrheit glaubte man schon längst zu wissen. —

*) Henke, II. S. 235 seiner Geschichte des deutschen peinlichen Rechts, beschreibt die Behandlung der Inquisiten also: unterirdische Höhlen, in welche kein Lichtstrahl drang, der Aufenthaltsort von Schlangen und Kröten, dienten ebensowohl zu Aufbewahrungs- als Strafgefängnissen, in welchen unglückliche Schlachtopfer der Justiz oft Jahre lang schmachteten, ohne nur verhört zu werden, und in welche die Richter mit unvergleichlichem Leichtsinn die Verhafteten hinabstießen.

Digitized by Google

Leiden des Nächsten, war das endliche Ergebniß; zwar nicht Unsicherheit und Gefühlsverletzung durch Diebe und Räuber, aber doch durch den Inquisitionsbeamten. Das Volk hatte über die Interessen, welche alle gemeinsam haben, diejenigen vergessen, die Jeder für sich besonders hat. — Nun tauchte das Bedürfniß nach Richterhilfe auch im Strafrecht auf, und es stellt unser heutige gemischte Prozeß die Stufe des Volksgedankens in der Gegenwart zur Befriedigung dieses Bedürfnisses dar.

Freilich hatte schon längst zuvor, ehe der gemischte Prozeß positives Recht wurde, das neue Volksbedürfniß und das Denken darüber Früchte getragen: der Inquisitionsrichter ließ nach in seinem Eifer die Verbrecher zu verfolgen, wurde sittlicher und menschlicher, als er zuvor war. Die Tortur und der Stock, die List und die Lüge schwanden allmälig nacheinander aus der Untersuchungskunde, und wo sie nicht ganz chwanden nahmen sie wenigstens den gleisnerischen Schein der Sittlichkeit und Humanität an *). Aber der Erfolg war auf der anderen Seite ein sehr mißlicher: es fehlte faßt regelmäßig am Beweis, und die Verbrecher entzogen sich der verwirkten Strafe, wenn sie nur leugneten. Mit der Entbindung von der Instanz endigten die meisten

*) Die Erscheinung, daß man die Lüge ꝛc. im Vordersatz der Sittlichkeit wegen verdammt, im Nachsatz aber des Nutzens wegen empfiehlt kommt allerdings auch schon in älterer Zeit vor. So lehrt z. B. Geisen teutsches corpus juris (1715) S. 682 u. w. der Richter dürfe nicht Betrug und List gebrauchen, um die Wahrheit zu erkundigen, allein hintennach gestattet er der Obrigkeit, um die Wahrheit zu erzwingen, zu sagen: es wäre ihr schon bekannt aus gemeinem Geschrei allwo der Thäter gewesen, was er begangen und im Schilde führt, die Zeugen würden ihn ohne dem zur Wahrheit Bekenntniß wohl anführen, daß es ihm hernach nicht lieb sei; zu dem Ende sollen dem Richter auch Worte und thätlicher Schrecken, ob der Beklagte sollte gepeinigt werden, erlaubt sein; ja ein Richter soll sich merken lassen können, als wüßte er alles, und wäre ihm nichts verborgen, jedoch — ohne Lügen-Schein, Beklagten zu ermahnen, Gott die Ehre zu geben, solche Missethat freiwillig und umständlich zu bekennen, so dennoch nicht verschwiegen bleiben kann u. s. w.

Digitized by Google

Unterſuchungen, wenn auch kein verſtändiger Mann an der Schuld des Inquiſiten zweifelte.

Achtes Kapitel.

Der gemiſchte Prozeß.

§. 39.

Das Weſen des gemiſchten Strafprozeſſes.

Der Strafprozeß der Gegenwart iſt ein gemiſchter, er iſt gemiſcht aus Inquiſitions- und Anklageprozeß, nemlich aus Selbſthilfe und wirklicher Richterhilfe, ſtatt des früheren Scheins von Richterhilfe.

Daß, wenn das Volk den Grundſatz der Selbſthilfe aufgab und zu dem der Richterhilfe überging, ein Zeitpunkt eintreten mußte, in welchem das Alte und das Neue miteinander verquickt im Denken des Volks vorkam, wo die Conſequenzen des Alten in das Neue hereinragten, und die des Neuen erſt zum Theil gezogen waren, verſtand ſich nach dem Geſetz geſchichtlicher Entwickelung von ſelbſt. Dieſer Zeitpunkt iſt dermalen eingetreten, wir haben einen unfertigen, gleichwohl poſitiv gewordenen Volksgedanken in unſerem gemiſchten Prozeß vor uns.

Im Inquiſitionsprozeß war der Kläger auch Richter. Es handelte ſich jetzt darum, den Richter vom Kläger, die Juſtiz von der Verwaltung, zu trennen und damit neben dem gewonnenen Verwalter der Rechte des Staats auch den Richter wieder zu gewinnen. Aber die Trennung iſt ja dem Anſchein nach bereits vollſtändig vollzogen. Haben wir nicht einen beſonderen Staatsprokurator und einen beſondern Richter? Wohl, wir haben beides, allein damit iſt die Trennung noch nicht vollſtändig, ſondern nur äußerlich, aber nicht innerlich, bewirkt. Ungeachtet der Trennung iſt der Staatsprokurator nicht vollkommener Geſchäftsführer des Staats, und zwar in ſoweit er die Rechte des

Digitized by Google

Staats nicht selbstständig, sondern in Abhängigkeit von dem Richter verwaltet. Daß *für ihn* der Grundsatz der Selbsthilfe noch Geltung habe, läßt sich im Allgemeinen nicht behaupten, vielmehr ist *er* beim Widerspruch des angeblich Verpflichteten auf die Richterhilfe angewiesen. — Der Richter aber hat, ungeachtet der Trennung der Justiz von der Verwaltung, noch *weitere* Geschäfte als das Richten zu besorgen, er ist noch zu einem nicht unerheblichen Theil Verwalter der Rechte des Staats aus Verbrechen, und soweit er das ist, ist der gegenwärtige Prozeß mit Inquisitionsprozeß oder Selbsthilfe gemischt, Kläger und Richter in Einer Person vorhanden, der Richterspruch das Urtheil der Partei.

Nun kann man sich freilich einen Richter denken, der über die Sache richtet nicht blos wie sie ihm von der Partei vorgetragen und bewiesen wird, sondern *wie sie ist*, der also die Sache an sich beurtheilt, und auf sie das Rechtsgesetz anwendet, und zu dem Ende auch untersucht und ermittelt, wie die Sache eigentlich ist. Und wenn man sich erst einen solchen Richter gedacht hat, dann kann man mit diesem Gedanken an unseren gemischten Prozeß herantreten, und mit jener Idee alle die richterlichen Attribute und Funkzionen erklären, welche mir als Ausflüsse der Selbsthilfe, als Attribute des Richters als Verwaltungsbeamter erscheinen. Damit, daß man sich einen solchen Richter *denkt*, ist natürlich unser Richter noch nicht dieser. Es muß vielmehr erst dargethan werden, daß jener Gedanke der ist, der unseren Richter erzeugt hat. Zunächst sind es zweierlei Erscheinungen, die dagegen zeugen: einmal daß im *Civilprozeß* der Richter diese Natur nicht hat, und dann daß man auch im *Inquisitionsprozeß* denselben Gedanken dem Richter unterschob, obwohl letzterer sich ganz offenbar daraus gar nicht erklären läßt, der wirkliche Inquisitionsrichter vielmehr Parteiorgan war, und *darum* untersuchte wie die Sache sich verhielt. —

Sodann besitzen nur solche Gedanken eine zeugende Kraft, und bringen wirkliche Dinge hervor, die mit einem lebendigen

Digitized by Google

menschlichen Interesse zusammenhängen, und auf dessen Befriedigung berechnet sind. Und an dieser Eigenschaft fehlt es jenem Gedanken eines die Sache wie sie ist erforschenden Richters vollständig: kein Mensch hat ein Interesse an einem solchen Richter. Es wäre sonst einerseits auch gar nicht abzusehen, weshalb nicht dasselbe Interesse auch für das Civilrecht vorläge, und der Richter auch im Civilprozeß untersuchte, wie die Sache in der Wirklichkeit ist, und weshalb andererseits der Richter mit seiner Untersuchuug wie die Sache ist und seiner Urtheilsfällung wartete, bis die Parteien ihn um Rechtssprechung angehen. Das Interesse der Parteien ist es natürlich nicht, daß der Richter von Amtswegen untersucht wie die Sache ist, ohne sich um ihren Willen und ihre Anträge zu bekümmern, sie würden sonst diese Untersuchung wollen und den Richter auffordern sie vorzunehmen, und wenn sie das thäten, dann fiele die Idee eines Richters, der die Sache unabhängig von dem Willen der Parteien untersucht, weg. Und wäre es ein vom Interesse der Parteien unabhängiges, so müßte dieses realisirt werden, ohne daß die Parteien überhaupt die Richterhilfe in Anspruch nehmen. Im Strafprozeß kämen wir mit diesem Gedanken sofort zum Inquisitionsprozeß zurück, zu dem Prozeß, wo der Richter von Amtswegen einschreitet, untersucht und urtheilt. Ohne Zweifel ernteten wir auch die Früchte des Inquisitionsprozesses. —

Was jenem Gedanken eigentlich zu Grunde liegt erfährt man, wenn man fragt: aber weshalb untersucht der Richter im Civilprozeß nicht von Amtswegen die Sache wie sie ist? Die Antwort lautet: weil da Niemand ein Interesse daran hat, weil die Parteien über ihre Rechte und die Art und Weise sie zur Geltung zu bringen, zu disponiren haben. — Und der Staat sollte das nicht können, der sollte nicht darüber disponiren können, ob und wie er seine Rechte aus Verbrechen zur Geltung bringen will, er sollte sich vom Richter bevormunden lassen? Aber so war es auch in der That nicht gemeint, man dachte nicht

Digitized by Google

an den Staat und seinen Verwalter, sondern an den Verletzten, und wollte sagen: der Verletzte hat nicht über die Rechte des Staats aus Verbrechen und die Art ihrer Geltendmachung zu disponiren. Der von Amtswegen die Sache wie sie ist Untersuchende war eben der Verwalter des Staats, der Inquisitionsbeamte, und weil er zugleich auch Richter war, mußte der Grundsatz entstehen, daß der Richter im Interesse des Staats die Sache wie sie wirklich ist, unabhängig vom Willen des Verletzten und des Beschuldigten, zu untersuchen und zu beurtheilen habe. Dieser Gedanke paßt nicht mehr, sobald im Strafrecht die Verwaltung von der Justiz getrennt ist, und nun der Verwaltungsbeamte das Interesse des Staats, zu erfahren, wie die Sache eigentlich ist, zur Geltung bringt. Eines zweiten Vertreters dieses Interesses in der Person des Justizbeamten bedarf der Staat nicht. Und wenn der Staat dieses Interesse dennoch vom Justizbeamten geltend machen läßt, so beweißt das, daß die Trennung der Verwaltung von der Justiz innerlich noch nicht vollständig vollzogen worden ist. —

Wie man aus dem wirklichen Richter, der einen Rechtsstreit nach dem Vorbringen der Parteien und nach Maasgabe ihrer Beweise entscheidet, einen von Amtswegen die Wahrheit erforschenden Richter gemacht hat, so ist aus dem wirklichen Vertreter des Staats, aus der Person, welche die Rechte des Staats aus Verbrechen zur Geltung bringt, ein das Recht an sich oder das Gesetz, nicht vertretendes, sondern bewachendes Subjekt geworden. Der Staatsprokurator soll den Beruf haben darauf zu achten, daß jeder, insbesondere auch der Richter, seine Schuldigkeit thut, dem Recht gemäß handelt, er soll der Wächter des Gesetzes, und kein Parteiorgan, sein. —

Es liegt dieser Theorie, wie jeder Einzeltheorie, eine geschichtliche Thatsache zu Grund, und jene entstehen eben dadurch, daß man von dieser Thatsache mehr oder was anders abstrahirt, einen allgemeineren Satz auf sie gründet, als das Volk, und

Digitized by Google

die natürliche Folge ist, daß diese Einzeltheorie mit dem Volksleben in Widerspruch geräth, und nun fordert, daß sich ihm das Leben unterordne. Die geschichtliche Thatsache, die der Theorie des Staatsprokurators als eines Wächters des Gesetzes zu Grund liegt, ist die Denuntiation, die Erscheinung, daß der Inquisitionsrichter in der Regel auf den Grund von Denuntiationen einschreitet, und die Theorie selbst die Organisation des Denuntiirens, die Lehre, daß der Staat nicht die Denuntiation des Verletzten u. s. w. abwarten könne, sondern ein Organ haben müsse, dem das Denuntiiren aller Gesetzesübertretungen von Amtswegen obliege, ein Centralorgan für alle Einzeldenuntiationen. Dieser Denuntiant verträgt sich vollkommen mit dem Inquisitionsrichter, und ist sogar seine Ergänzung *). Unser Staatsprokurator hat aber mit diesem Denuntianten nichts gemein. Ersterer ist nicht aus dem Denuntianten entstanden, sondern aus dem Inquisitionsrichter herausgewachsen, und ein Stück von ihm, das Volksbedürfniß war nicht ein Centralorgan für die Denuntiation, sondern neben dem Vertreter der Rechte des Staats einen Richter zu haben. — Wie ein Denuntiat zum Beruf käme, über die Rechte des Staats aus Verbrechen zu urtheilen — und ein solches Urtheil steht unserem Staatsprokurator offenbar zu — ließe sich in der That nicht ersehen.

Die Consequenzen eines Staatsprokurators als Wächters des Gesetzes überhaupt, eines Staatsprokurators, der nicht blos Verbrecher zur Bestrafung denuntiirt, zu ziehen, hat freilich noch Niemand unternommen. — Sie würden selbstverständlich dahin führen, daß der Staatsprokurator Jedermanns Verhalten im Staat, insbesondere das Verhalten aller Staatsbeamten — bei den Gerichten ist eine solche Controlle am wenigsten Be-

*) Dieser Auffassung entspricht die weitere, daß eigentlich Alles beim Alten geblieben, und das Instruktionsverfahren nichts weiter sei, als die Generalinquisition oder Voruntersuchung, das Verfahren vor dem erkennenden Richter aber lediglich die Specialinquisition oder die Hauptuntersuchung.

Digitized by Google

dürfniß, weil jede Abweichung des Gerichts vom Gesetz eine Verletzung subjektiver Rechte enthält, und der Verletzte durch sein Interesse getrieben wird, den Richter zu kontrolliren und sich gegen sein rechtswidriges Verfahren zu beschweren — ohne irgend eine Ausnahme, vom Standpunkt der Rechtmäßigkeit zu beaufsichtigen, und jede Abweichung vom Recht, mag sie nun Strafe nach sich ziehen oder nicht, der vorgesetzten Behörde des Abweichenden zu denuntiiren hätte. Für ihn selbst würde ein Gegenstaatsprokurator nöthig, für die obersten Staatsbehörden aber Gegenstaatsbehörden erforderlich sein. — Daß sich ein Volksbedürfniß für eine derartige Spionage geregt, und das Volk jemals daran gedacht, letztere zu organisiren, ist mir völlig unbekannt. —

Die Doktrin hat das Bedürfniß gefühlt, alle möglichen Aemter, die in irgend einem Lande zu irgend einer Zeit eine mit dem Namen Staatsanwalt bezeichnete Person gehabt hat, unter einen gemeinsamen Begriff zu bringen. Es leuchtet ein, daß über dem Streben das zu finden, was diese verschiedene Aemter gemein haben, das Wesen des Staatsprokurators zu einer bestimmten Zeit und zu einem bestimmten Zweck aus den Augen schwinden mußte.

§. 40.

Die stehengebliebenen Consequenzen des Inquisitionsprinzips.

Ich will nun die Consequenzen des Prozesses der Selbsthilfe, welche in unseren dermaligen Prozeß hereinragen, aufzählen. Die Ursache dieser Erscheinung habe ich bereits im §. 39 angegeben: der Volksgedanke der Richterhilfe im Strafrecht ist noch nicht vollständig ausgebildet, und im Hintergrund steht das Volksurtheil, daß die Selbsthilfe noch nicht vollständig entbehrlich, sondern partiell noch zur Förderung des allgemeinen Wohls nöthig sei. Man führt zwar außerdem für jede noch fortbestehende Consequenz des Inquisitionsprinzips eine Reihe von Vortheilen an, allein diese haben die Institutionen nicht begründet, der Gedanke an die-

Digitized by Google

selben hat jene nicht erzeugt, sondern sie haben sich erst hintennach ergeben. Zur Begründung eines Volksgedankens sind sie um so ungeeigneter, als jedem einzelnen Vortheil ein ihn vollkommen aufwiegender Nachtheil zur Seite steht.

1) Das Recht des Staats auf Strafe kommt nur mittelst des Richters zur Verwirklichung. Dem Staatsprokurator fehlt die Befugniß, die Rechte des Staats aus Verbrechen außergerichtlich zu realisiren selbst dann, wenn sich der Verbrecher bereit erklärt im Sinn des Staatsprokurators seine Schuld zu tilgen. Nur bei Zollvergehen findet sich eine Ausnahme, wenn es sich um Geldstrafe handelt. — Damit wird sofort aus dem Staatsprokurator als einem Verwalter der Rechte des Staats aus Verbrechen ein bloser Vertreter des Staats vor Gericht, aus einem Generalmandatar ein Prozeßmandatar, ein Advokat. Andererseits hat aber der Staatsprokurator das Amt oder die Vollmacht, zu beurtheilen, ob es zum Prozeß kommen soll oder nicht. — Der Grund dieser Beschränkung des Staatsprokurators ist kein anderer als der, daß im Inquisitionsprozeß bei der Einheit des Staatsprokurators und des Richters jede Strafe vom Richter erkannt wurde. Welchen Vortheil diese Beschränkung des Staatsprokurators gewähren könnte, weiß ich nicht. Man müßte dann etwa sagen: der Staatsprokurator verstehe nicht zu beurtheilen, ob die bestimmte Person schuldig sei und wie groß ihre Schuld sei; oder: der Staatsprokurator überschätze die Rechte des Staats wegen seines Parteiinteresses, es sei also nöthig sowohl das Interesse des Staats, daß Keiner eine härtere wie die verdiente Strafe erleide, als das damit zusammenfallende Interesse des Angeschuldigten, möglichst gelind bestraft zu werden, vom Richter wahren zu lassen. Der Beruf des Richters würde dann nicht mehr sein, zu entscheiden, welche der Partheien recht hat *), sondern

*) v. Jagemann, Rechtslexikon von Weiske s. v. „Gericht," definirt den Richter „als eine unparteiische Mittelsperson, welche, wo Rechtsansprüche kollidiren, zur Entscheidung was Recht und Unrecht sei, angegangen wird,"

Digitized by Google

dem Staat als Anwalt und dem Angeklagten als Vormund zur Seite zu stehen.

2) Die Untersuchung wird nicht vom Staatsprokurator, sondern vom Instruktionsrichter geführt. Der Zweck der Untersuchung ist doch kein anderer, als daß sich der Staatsprokurator überzeugt, ob und welche Rechte dem Staat aus Verbrechen zustehen, und Sammeln der Beweismittel für den Fall, daß es zum Prozeß kommt. An und für sich erscheint also das Untersuchen als ein Geschäft des Staatsprokurators, und letzterer muß selbst untersuchen, den Beschuldigten und die Auskunftspersonen selbst hören und sehen, will er sich eine Ueberzeugung bilden. Aber der Staatsprokurator untersucht im gemischten Prozeß nicht, weil im Inquisitionsprozeß der Richter die Untersuchung führte.

Hier redet man nun von einer unparteiischen Untersuchung, die nur durch den Richter möglich sein soll. Zunächst fragt es sich: wozu bedarf es einer unparteiischen Untersuchung? Vom Interesse des Staats wird man hierbei schwerlich sprechen — das Recht den Beschuldigten zu fragen und Auskunftspersonen zu vernehmen hat ja ohnehin der Staatsprokurator überall, und es stehn ihm auch die Mittel zu Gebot, dieses Recht direkt zu verwirklichen — sondern von dem des Beschuldigten. Die Untersuchung des Staatsprokurators, mag sie noch so parteiisch sein, bringt an sich dem Beschuldigten keinen Nachtheil. Der Richter urtheilt nicht nach dem Ergebniß der Untersuchung des Staatsprokurators, sondern nach dem Resultat der Verhandlung und Beweisführung vor ihm. Aber man denkt ohne Zweifel an die besonderen Untersuchungsmittel, die der Staat besitzt, wenn es sich um Realisirung eines Rechts auf Strafe handelt, und an die Freiheitsbeschränkung des Beschuldigten, die es ihm

und es leuchtet ein, daß derjenige am unbefangensten über streitige Rechte urtheilen wird, dessen Lebensberuf allein das Richten, und der somit geneigt ist, alle übrigen Interessen diesem besonderen Beruf unterzuordnen.

Digitized by Google

unmöglich macht, das Material für seine Vertheidigung herbeizuschaffen. Nun befürchtet man, der Staatsprokurator mißbrauche aus Parteirücksichten diese Mittel, und bekümmere sich nichts um die Herbeischaffung des Vertheidigungsmaterials. Aber die besonderen Untersuchungsmittel, und die Freiheitsbeschränkung zur Vermeidung von Collusionen namentlich, sind ja eben die Consequenzen der Selbsthilfe oder des Inquisitionsprinzips, und es wäre mithin ein Instruktionsrichter im Interesse des Angeschuldigten überflüssig, sobald diese Consequenzen wegfielen; und sie sind in der That bis auf die Haft zur Vermeidung von Collusionen fast überall weggefallen. Das Vorhandensein des letzteren Untersuchungsmittels vorausgesetzt, welches es freilich dem Beschuldigten unmöglich macht, selbst oder durch andere das erforderliche Vertheidigungsmaterial zu sammeln, so würde ein „Instruktionsrichter" doch nur dann am Platz sein, wenn zur Vermeidung von Collusionen verhaftet wäre, und blos zu dem Zweck, das Vertheidigungsmaterial des Beschuldigten zu sammeln. — Um diese Haft zn erkennen bedarf es aber keines besonderen Richters, und der das Vertheidigungsmaterial Sammelnde hat doch nicht entfernt Anspruch auf den Namen eines „Richters."

Ein zweiter Grund der Verhaftung ist die Absicht, den Beschuldigten an der Flucht zu hindern, also die Tilgung der Schuld zu sichern. Dieser Haftgrund kommt auch im Civilprozeß vor. Ich wüßte nicht was entgegen stände, im Strafverfahren ebenso zu prozediren, wie im Civilprozeß, also den Staatsprokurator, im Fall sich der Beschuldigte nicht verhaften lassen will, beim gewöhnlichen Richter einen Antrag auf Erkennung der Haft stellen und begründen, und den Richter über diesen Antrag, nachdem er den Beschuldigten darüber gehört, aburtheilen zu lassen. Provisorische Maßregeln würden dadurch nicht ausgeschlossen sein. Und wenn Jemand verhaftet ist, lediglich um ihn an der Flucht zu hindern, dann liegt gar kein Grund vor,

Digitized by Google

ihn im Verkehr mit Freunden und Verwandten und Advokaten zu beschränken, und es bedarf dann keines „Instruktionsrichters“ um für seine Vertheidigung zu sorgen.

Aber wie verhält es sich denn nun mit der unparteiischen Untersuchung des Instruktionsrichters, wird nicht auch bei ihm die Natur der Sache, nemlich, daß er im Grund genommen Gehilfe des Staatsprokurators ist, über das Sollen siegen, wird er nicht parteiisch untersuchen, wird er anders handeln als der untersuchende Inquisitionsbeamte, wird sein wesentliches Streben nicht sein, dem Staatsprokurator Beweismittel für die Schuld, insbesondere ein Geständniß des Beschuldigten, zu verschaffen? — Es ist gesagt worden: die Parteilichkeit des Inquisitionsbeamten habe sich darauf gegründet, daß er selbst den ersten Anstoß zur Untersuchung gegeben und nun seine Ehre dabei im Spiel gewesen sei, etwas heraus zu bringen; dieses Motiv zur Parteilichkeit fehle dem Instruktionsrichter, der nur auf Requisition des Staatsprokurators einschreite, und darum sei er unparteiisch *). Einerseits erklärt dieses Moment in keiner Weise die allgemeine Parteilichkeit der Inquisitionsbeamten, denn die wenigsten sind am Ende so sittlich schwach gewesen, daß sie sich der Ehre wegen, sich nicht geirrt zu haben, zur Verletzung ihrer Pflicht hätten bestimmen lassen. Andererseits will denn doch der auf die Denuntiation geschriebene nackte Antrag des Staatsprokurators, das Instruktionsverfahren einzuleiten, gar zu wenig bedeuten, als daß er so große Dinge wirken könnte. Dem Instruktionsbeamten ist ja noch alles, sowohl gegen wen als wie er prozediren will, anheim gegeben, und in allen wichtigen Fällen schreitet er sogar ein, ohne den Antrag des Staatsprokurators abzuwarten. Nach wie vor bleibt ihm der Beruf, einen Untersuchungsplan zu machen und durchzuführen, und die Ehre, wenn er den Schuldigen ermittelt,

*) Der Staatsprokurator gilt bald als Denuntiant, bald als promotor inquisitionis, bald als Vertreter der Rechte des Staats. —

Digitized by Google

so wie der Tadel, im Fall er ihn durchschlüpfen läßt. — Will er also selbstsüchtigen Motiven Gehör geben, so fehlen sie ihm auch dann nicht, wenn der Staatsprokurator Einleitung des Instruktionsverfahrens beantragt hat.

Sind die heutigen Instruktionsrichter rücksichtsvoller und humaner, als die früheren Inquisitionsbeamten, so hat das lediglich seinen Grund in der veränderten Volksanschauung, keineswegs in der veränderten Stellung.

Bedarf der Staatsprokurator einer Urkundsperson zum Beweis irgend eines Vorkommnisses, so eignet sich dazu am besten das Notariat, während dem Instruktionsbeamten kein anderer Glaube gebührt, als dem Staatsprokurator selbst.

6) In wichtigeren Fällen entscheidet das Gericht darüber, ob Anklage zu erheben sei oder nicht. Es ist diese Entscheidung der nemliche Akt, wie das Erkennen der Specialinquisition durch den Inquisitionsrichter. Grade wie letzterer spricht die Anklagekammer nicht aus, daß sie den Beschuldigten für schuldig halte, sondern daß sie ihn für dringend verdächtig ansehe. — Auch hier fehlt es nicht an Vortheilen einer solchen Einrichtung: es wird durch sie die Erhebung leichtsinniger Anklagen, mit denen der Staatsprokurator doch nicht durchlangen kann, und die an solche Anklagen sich knüpfenden üblen Folgen für den Staat und den Angeklagten verhindert.

Aber warum läßt der Staat, wenn er dem einen Staatsprokurator nicht traut, das Material nicht durch einen zweiten Staatsprokurator, dem er mehr Vertrauen schenkt, prüfen? Und warum verordnet das Gericht die Anfertigung des Anklageakts, und zwar auf Verdacht hin? Warum wartet es nicht mit seinem Urtheil, im Fall es sich um die Interessen des Beschuldigten handelt, bis die Anklage erhoben worden ist, und weißt sie zurück, wenn es dieselbe für rechtlich grundlos, oder die Beweismittel für unzureichend hält? — Die Anklagekammer wird nicht angerufen, um dem Staat zu seinem Recht zu verhelfen,

Digitized by Google

sondern um sich zu vergewissern, ob dem Staat ein erweisbares Recht zustehe; sie ist keine richtende, sondern eine berathende Behörde, und der Richter zum Staatsanwalt verwendet worden.

4) Erhebt der Staatsprokurator Anklage, so behauptet er nicht, daß der Angeklagte schuldig, sondern daß er verdächtig sei, er giebt die Momente, welche die Größe der Schuld bestimmen, meist nicht an, und stellt auch kein Petitum auf Verurtheilung zu einer bestimmten Strafe, sondern erwartet, daß ihm erst das Verfahren vor dem Gericht über alle diese Punkte Aufschluß gewähre. Er thut das aus keinem anderen Grund, als weil es im Inquisitionsprozeß so war. Wenn der Inquisitionsrichter die Spezialinquisition oder die Hauptuntersuchung begann, redete er auch nur von Verdacht, daß diese bestimmte Person Urheber eines Verbrechens sei. Um diesen Verdacht zur Gewißheit zu erheben, dazu war ja das weitere Verfahren grade da. Der Staatsprokurator nimmt nicht die Richterhilfe zur Realisirung einer bestimmten Forderung in Anspruch, sondern erwartet vom Richter, daß er ihm erst zur Begründung einer solchen Forderung durch die Fortsetzung der Untersuchung verhelfen werde.

Welchen Vortheil diese Prozedur haben könnte? Ich weiß es nicht, und habe es auch nirgends gehört oder gelesen. Und soll man einen anderen als einen geschichtlichen Grund anführen, so könnte es nur der sein, daß der Staatsprokurator nicht selbst untersucht, sich nicht überzeugt hat, wie die Sache ist, sondern daß er durch die Brille des Instruktionsrichters sieht, und dieser nicht recht traut. Er will vielleicht erst den Beschuldigten und die Auskunftspersonen selbst sehen und selbst hören, bevor er über die Rechte seines Mandanten urtheilt.

5) Das Gericht untersucht nun wie die Sache ist, oder wie man sagt: es ermittelt die materielle Wahrheit unabhängig von den Erklärungen der Parteien. Es verhört den Angeklagten, macht ihm Vorhalt aus den Akten der Voruntersuchung, läßt sich auf einen Kampf über die Schlüssigkeit einzelner Indizien mit

Digitized by Google

dem Angeklagten ein, verhört die Zeugen über alles was ihm dienlich erscheint, vernimmt von Amtswegen Auskunftspersonen, und erst wenn es fertig untersucht und verhört hat, dann läßt es sich herbei, das zusammen untersuchte Material zu ordnen, zu bestimmen, welche Umstände erheblich sind für den Begriff des Verbrechens, von welcher die Größe der Schuld abhängt, welche Momente Indizien für oder gegen die Gesetzesübertretung durch den Angeklagten sind u. s. w. — Von einer Einlassung des Angeklagten im Sinn des Civilprozesses vom Vorschützen von Einreden, welche die bereits stattgehabte Tilgung der Schuld zum Gegenstand haben, von einer Einlassung des Staatsprokurators, von Beweiserkenntnissen, Beweisantretung u. s. w. ist keine Rede. Mit einem Wort der heutige Richter handelt grade so wie der Inquisitionsrichter in der Spezialinquisition. Und warum handelt er so, warum ermittelt er die materielle Wahrheit? Darum, weil er die Rechte des Staats aus Verbrechen zu verwirklichen hat, weil er der Verwalter der Rechte des Staats aus Verbrechen ist, wie der Inquisitionsrichter es war, und der Staatsprokurator neben ihm zu einem bloßen Advokat herabsinkt. Deshalb bekümmert er sich auch gar nicht um die Anträge des Staatsprokurators, sondern spricht ultra petitum, so oft er glaubt, daß die Rechte des Staats größere seien, als die vom Staatsprokurator in Anspruch genommenen. Und beruht etwa dieses Amt des Richters auf Reflexion über die Vortheile die es bringt? Ach nein, es bedarf nur Eines Wortes des Staatsprokurators, er braucht nur die Anklage fallen zu lassen, und der Richter hat aufgehört Vertreter des Staats bezüglich seiner Rechte aus Verbrechen zu sein. Geschichtlich ist dieser stete Wechsel in den Rollen erklärlich, aus Vortheilen, die ein solches Verfahren gewährt, aber nicht.

Man führt auch keinen Vortheil zu seiner Begründung an, sondern sagt nur: im Strafrecht handle es sich um materielle Wahrheit, darum untersuche der Richter. — Ich habe schon oben dargethan, welche Bedeutung dieser Behauptung zukommt:

Digitized by Google

ihre Wahrheit hat den Inquisitionsprozeß zur Voraussetzung. Wo ein wirklicher Staatsprokurator neben einem wirklichen Richter fungirt, hat sie keinen Sinn mehr.

6) Hiermit bricht die Reihe der Inkonsequenzen noch nicht ab. Sahen wir bisher den Richter in das Amt des Staatsprokurators übergreifen, so zeigt sich nun die Erscheinung, daß der Staatsprokurator gewissermaßen in die Rolle eines Vertheidigers des Angeklagten fällt: er beantragt dessen Freisprechung, ergreift zu dessen Gunsten Rechtsmittel und appellirt für ihn. Auch diese Erscheinung ist aus dem Inquisitionsprozeß, und nur aus ihm, erklärlich. Der Staatsprokurator ist hier nicht blos als Vertreter der Rechte des Staats aus Verbrechen gedacht, — denn als solcher wäre er durchaus nicht legitimirt zu Gunsten des Angeklagten, wenn also Rechte des Staats nicht gekränkt sind, Rechtsmittel zu ergreifen — sondern auch als Vertreter des Interesses des Staats, daß kein Unschuldiger gestraft wird, und kein Schuldiger mehr als die verwirkte Strafe erleidet. Die Möglichkeit, daß dieses Interesse durch den Richter verletzt werden kann, unterstellt eben, daß dieser mehr ist als Richter und der Staatsprokurator weniger als alleiniger Vertreter des Staats. Wäre der Richter blos dieses, dann könnte er nicht ultra petitum sprechen, und wäre der Staatsprokurator alleiniger Vertreter des Staats, dann könnte er nicht Freisprechung des Angeklagten beantragen, sondern spräche ihn selbst frei, wie er das thut, wenn er die Anklage fallen läßt.

Dem Staatsprokurator als alleinigem Vertreter des Staats würde es natürlich auch allein obliegen, die Vollziehung des Richterspruchs zu betreiben. Hätte ihm also der Richter wirklich mehr zugesprochen als er beanspruchte, so bedürfte es keiner Appellation, um das Interesse des Staats, daß keiner zu hart bestraft werde, zu realisiren, sondern nur eines Nichtbeantragens der Vollziehung des Richterspruchs. Wie der Staatsprokurator zum Amt kommen sollte, im Interesse des Angeklagten

Digitized by Google

thätig zu sein, wenn dieses nicht zugleich das Interesse des Staats erheischte, wäre nicht abzusehen. Dieses Amt kommt den Vertheidigern, und nur ihnen, zu. —

Man kann mit Bestimmtheit annehmen, daß da wo eine so große Zahl formaler Consequenzen des Inquisitionsprinzips stehen geblieben ist, auch ein Theil der materiellen Folgen desselben in den gemischten Prozeß, und zwar nicht blos in das Instruktionsverfahren, sondern auch in das Verfahren vor dem erkennenden Gericht, mit hinüber gegangen, und beim Richter in der Gegenwart etwas vom Wunsch den Schuldigen zu finden, der Leichtgläubigkeit an die Schuld, der Eingenommenheit gegen den Beschuldigten, und von der List und Gewalt, um die Wahrheit zu erforschen oder Beweismittel zu erlangen, zurückgeblieben sein wird. — Wie viel davon mit übergegangen, wie sich diese Quantität zu der im Inquisitionsprozeß vorhandenen verhält, darüber läßt sich zur Zeit überhaupt noch nicht, am wenigsten aber von Einzelnen urtheilen. Zu einem solchen Urtheil erscheint nur das Volk oder die Geschichte zuständig.

§. 41.

Die Geschworenen.

Ich bemerkte bereits, daß das Volk dem Inquisitionsrichter mißtraute, es glaubte nicht mehr an seine Unparteilichkeit. An dieses Mißtrauen schließt sich einfach und natürlich die Forderung des Urtheilens über die Thatfrage durch Geschworene. Man hoffte in letzteren unparteiische Beurtheiler gefunden zu haben. Daß man nur über die Thatfrage durch Geschworene geurtheilt haben wollte, beruht wohl theils darauf, daß diese weit aus der Schwerpunkt des Strafverfahrens ist, theils darauf, daß die Geschworenen das positive Recht nicht in dem Maas kennen, um im Stand zu sein, es mit Sicherheit auf den einzelnen Fall anzuwenden. Es erscheinen dazu Sachverständige nöthig. —

Als die Ursache der Geschworenen ist der Gedanke bezeichnet

Digitized by Google

worden, daß das Strafen eine allgemeine Angelegenheit sei. Das ist die Strafe der Gegenwart ohne Zweifel, und ich kann die Möglichkeit, daß dieser Gedanke zur Erzeugung der Geschworenen mitwirkte, nicht leugnen. Aber andererseits fehlt es mir an jeglichem Anhaltspunkt für die Annahme, daß es wirklich so sei. Auch spricht dagegen, daß zwar überall der Gedanke, es sei dem Inquisitionsrichter nicht zu trauen, laut wurde, dagegen nirgends von der Idee, das Strafen sei eine öffentliche Angelegenheit, die Rede war. Letzteres verstand sich schon zur Zeit des Inquisitionsprozesses völlig von selbst, und dieser Prozeß beruht grade auf diesem Gedanken. Man hat ferner gesagt: der erwachte Trieb zur Selbstverwaltung habe zum Schwurgericht gedrängt. Ich bezweifle das sehr. Den Trieb räume ich willig ein, allein er führt nicht zum Reihedienst, und ein solcher ist offenbar das Amt der Geschworenen. Sonst müßte dieser Trieb den Volksgedanken über Bord werfen, daß die Theilung der Arbeit, sowohl geistiger als körperlicher, deren gediegene Verrichtung bedingt. — Nun hat man freilich grad die Anwendbarkeit dieses Gedankens auf das Urtheilen über die Thatfrage geleugnet, und die Behauptung aufgestellt, jeder Beliebige aus dem Volk verstehe das besser, oder wenigstens ebensogut, als der Richter im engeren Sinn, und damit kommen wir zu einer neuen Reihe von Ursachen, die das Schwurgericht angeblich hervorgerufen haben, oder zu den Vortheilen, welche es gewähren soll. — Bevor ich mich darauf einlasse, will ich noch die lebhaft erörterte Frage berühren, ob das Schwurgericht deutsch sei oder nicht, sondern französisch oder englisch. Das Bedürfniß ist unter allen Umständen ein deutsches, und der Gedanke, es durch Geschworene zu befriedigen, ein deutscher Volksgedanke geworden. Ebenso klar ist es aber auch, daß dieser Gedanke, wie der des gemischten Prozesses überhaupt, in Frankreich vorgefunden und daher entlehnt wurde, was nur unter der Voraussetzung möglich war, daß er zu der deutschen Situation und zum deutschen Ideengang vollkommen

Digitized by Google

paßte. — Man hat die gründlichsten historischen Untersuchungen nach Spuren dieses Gedankens in der deutschen Vergangenheit angestellt, und es hat der eine diese, der andere jene geschichtliche Erscheinung als eine solche Spur angesehen. Derartige Untersuchungen sind ohne Zweifel von hohem Interesse, allein man wird darauf verzichten müssen, die Entstehung des Schwurgerichts in der Gegenwart als eine Wirkung älterer deutscher Volksgedanken anzusehen. Ohne Zweifel war dem deutschen Volk der Gedanke an Geschworene gründlich verloren gegangen, so gründlich, daß es an jedem Anknüpfungspunkt in der neueren Zeit fehlt; der Gedanke war vielmehr von Neuem erst zu bilden.

Es ist dem Schwurgericht ergangen wie vielen Arzneimitteln: man glaubte mit ihm jede Krankheit der Zeit heilen zu können, und wo man irgend ein Gebrechen sah, gleich war man mit der Behauptung zur Hand, das Schwurgericht sei da und das rechte Mittel um es zu heilen.

Das Schwurgericht ist eine Reakzion gegen den parteiischen Richter, aber es sollte auch sein ein Mittel:

1) gegen das unvernünftige Strafgesetz,
2) gegen die unverständliche gelehrte Fassung des Strafgesetzes,
3) gegen die Verbildung des gelehrten Richters,
4) gegen die Unkenntniß des Richters von den Lebensverhältnissen des Verbrechers,
5) in Verbindung mit Oeffentlichkeit gegen die Interesselosigkeit der Menschen am Strafwesen und ihre Unerfahrenheit darin,
6) gegen die Alleinherrschaft der Regierung,
7) gegen die richterliche Unverantwortlichkeit.

Daß die nach dem positiven Recht bestehenden Geschworenen keinen anderen Beruf haben, als den, welchen ihnen das positive Recht eben zutheilt, versteht sich von selbst. Es kann sich bei der Beurtheilung der aufgezählten Auffassungen, insofern dadurch der Beruf ein anderer wird als der, welchen das positive Recht den Geschworenen zuweist, und es sich nicht blos um die historische

Digitized by Google

Ursache des Schwurgerichtsgedankens überhaupt handelt, also lediglich fragen: ob sie im Gesammtdenken des Volks Boden haben, und zu fordern wäre, daß das positive Recht den Geschworenen den Beruf zutheile.

Zu 1. Die Geschworenen sollten berufen sein, zu beurtheilen, ob nach ihrem Rechtsbewußtsein die erwiesene That eine strafbare Handlung sei. Hielten sie dieselbe für straflos, dann sollten sie freisprechen. Man schrieb ihnen also das Amt zu, das Vernunftrecht ins positive Recht für diesen konkreten Fall überzuleiten; sie sollten für diesen Fall zugleich Gesetzgeber sein. — Daß das Volk, ehe es einem solchen Gedanken Raum geben könnte, erst seine eigene Lebensregeln über Positivität des Rechts über Bord werfen, und welche unsinnige Consequenzen ein solcher Gedanke hervorrufen, daß er insbesondere gradezu zur absoluten Willkührherrschaft führen müßte, daran dachte man in seinem Eifer, den Angeklagten gegen die Anwendung eines blos noch positiven Strafgesetzes zu schützen, nicht. Die Geschworenen sollten ja nicht schuldig sprechen, wenn der Angeklagte nach ihrem Rechtsbewußtsein Strafe verdient, aber das positive Recht keine Strafe an diese Handlung knüpfte. Am allerwenigsten dachte man wohl daran, daß die Positivität des Rechts oder seine Vorausbestimmtheit mindestens ebensosehr im Interesse des Schuldners wie des Gläubigers liegt, und grade darauf sich die Forderung von Gesetzbüchern gründet. — Der Beruf, den man hier den Geschworenen zutheilte, hat sich bereits oben als das Amt des Staatsoberhaupts in der Begnadigungsinstanz ergeben. Aus dem Wunsch, unvernünftige Strafgesetze nicht angewendet zu sehen, wuchs also diese Theorie als Einzelgedanke hervor.

Zu 2. Unsere Gesetze leiden zum Theil an Unverständlichkeit des Ausdrucks, die Juristen streiten sich darüber wie sie zu verstehen seien; es entstehen Controversen. Der Laie faßt den Sinn des Gesetzes vielleicht anders auf, als die Juristen, und übertritt darum ein Gesetz ohne es zu wissen; er wird zum Verbrecher aus

Digitized by Google

Rechtsirrthum. Die Geschworenen sollen nun berufen sein, die laienhafte Auffassung des Strafgesetzes zu Gunsten des Angeklagten zu verwirklichen, sie sollen ihn freisprechen, wenn seine erwiesene That nach der laienhaften Auffassung des Strafgesetzes keine strafbare ist, oder wenn er sich in einem, auch von den anderen Laien getheilten, Rechtsirrthum befand. — Es findet sich im Volksdenken auch nicht die leiseste Andeutung für einen solchen Beruf der Geschworenen. Wäre dieses der Fall, so käme doch wohl in irgend einem positiven Recht eine Spur davon vor, aber nirgends ist eine solche zu ersehen; überall hat der Richter darüber zu entscheiden, ob der Rechtsirrthum des Verbrechers ein entschuldbarer sei oder nicht. Und die aus der Unklarheit der Strafgesetze für die Bürger entstehenden Gefahren hat man überall nur durch bestimmtere und verständlichere Ausdruckweise zu beseitigen gefordert.

Zu 3. Man glaubte die Wahrnehmung gemacht zu haben, daß die Gelehrsamkeit das Urtheil trübe, und hielt sich für berechtigt der gelehrten Bildung den gesunden Menschenverstand gegenüber zu stellen. Insofern man nun den Richter in die Categorie der Gelehrten einreihte, kam man zur Behauptung, die ungelehrten Leute, die Leute aus dem Volk — unter „Volk" verstand man stets nur das Element, welches in der Bildung zurück war — könnten viel besser beurtheilen, ob der Angeklagte schuldig sei oder nicht, als der Richter. Ich glaube es ist dem deutschen Richterstand niemals ein grundloserer Vorwurf gemacht worden als der, daß er sich durch allzuvieles Studiren um seinen Verstand gebracht habe, und das Volk hat ihm in der That auch niemals diesen Vorwurf gemacht, er ging von Einzelnen aus, insbesondere von solchen, die den Inquisitionsprozeß und das Schwurgericht gleichzeitig wollten und nun doch nicht behaupten konnten, der Richter sei wegen seines Amtes als Vertreter des Staats parteiisch und darum zum Urtheilen über die Thatfrage unfähig.

Digitized by Google

Andere hielten zwar den Richter nicht für urtheilsloser als die Uebrigen, allein sie waren der Ansicht, das Urtheilen über die Thatfrage verstehe jeder Beliebige ebenso gut als der Richter, weil es sich dabei nicht um Rechtskenntnisse handle.

Wäre diese Annahme wahr, so erklärte sie doch in keiner Weise die wirkliche Entstehung des Schwurgerichts, sondern nur seine Möglichkeit. Versteht der Richter das Urtheilen über die Thatfrage ebensogut wie jeder Andere, dann müßte doch noch ein besonderer Grund hinzukommen, um ihm das Amt eines Urtheilers über die Thatfrage abzunehmen, und daraus zur allgemeinen Belästigung einen Reihedienst zu machen.

Zu 4. Diesen besonderen Grund glaubte man nun darin gefunden zu haben, daß zwar der Richter im Allgemeinen so urtheilsfähig sei als sonstige Menschen, ihm jedoch die besondere Kenntniß der Lebensverhältnisse der Classe von Menschen, aus denen vorzugsweise die Verbrecher hervorgehen, wie überhaupt die Kenntniß des gemeinen Lebens fehle. Man sah in den Geschworenen eine Art von Standesgenossen der Verbrecher. — Auch diese Ansicht ist eine völlig verkehrte und dem Volksdenken der Gegenwart geradezu fremde, und es widerspricht ihr sowohl die Erscheinung, daß man die Geschworenen nicht aus der Hefe des Volks entnimmt, sondern aus dem ganzen Volk, als die, daß man den Sitzungspräsident zur Belehrung der Geschworenen glaubt nöthig zu haben, und ihn darum die Verhandlung resumiren läßt. Bei einiger Kenntniß der Wirklichkeit sieht man alsbald, daß Niemand die hier in Betracht kommenden Lebens- und Verkehrsverhältnisse besser kennt, als der Criminalrichter, der sich täglich mit ihnen beschäftigt. Auf der anderen Seite wird einleuchten, daß jede Geschicklichkeit, auch die über die Thatfrage zu urtheilen, durch Uebung bedingt ist und durch sie vervollkommnet wird. Daraus erhellt, daß die Geschworenen nicht blos nicht intellectuell befähigter sind über die Thatfrage zu urtheilen, als der Richter, sondern daß sie regelmäßig weit hinter

Digitized by Google

dem Richter an Fähigkeit zurückstehen. Vom besonderen Wahrheitsinstinkt der Geschworenen soll weiter unten die Rede sein.

Zu 5. Es ist die Wahrnehmung gemacht worden, daß die Menschen sich für die Strafrechtspflege wenig interessiren, und darum auch wenig von ihr wissen. Sofort soll auch dieser Schaden durch das Schwurgericht und die Oeffentlichkeit geheilt werden. Das Institut wird dadurch zu einer Bildungsanstalt für das Volk. Daß es bildend wirken kann bezweifele ich nicht, daß aber diese mögliche Wirkung die Ursache des Instituts sei, ist eine Unwahrheit, wie denn noch nirgends ein Volk geglaubt hat, bildungsbedürftig zu sein, und darum auch niemals an besondere Anstalten zu seiner Bilduug gedacht hat. Jedes Volk glaubt zu jeder Zeit den Höhepunkt der Bildung erreicht und nichts weiter nöthig zu haben, als dafür zu sorgen, daß diese Bildung auf die Unerwachsenen übergeht. Das Schwurgericht als Bildungsanstalt für das Volk ist ein Einzel- und kein Volksgedanke. — Uebrigens versteht es sich von selbst, daß das Interesse des Volks für die Strafrechtspflege mit seinem Interesse für öffentliche Augelegenheiten überhaupt steht und fällt, und eine künstliche Erweckung eines solchen Interesses überhaupt, also auch durch Oeffentlichkeit und Schwurgericht, unmöglich ist.

Zu 6. Die konstitutionelle Doktrin lehrt, daß die Gewalten im Staat unter Regierung und Volk getheilt werden müßten, wie denn der Constitutionalismus überhaupt auf einer Scheidung der Regierung vom Volk beruht; es sind ihm das zwei Faktoren nebeneinander. Man hat darum gesagt: die Anklage werde im Namen der Regierung oder Krone erhoben, das Urtheil im Namen des Volks gesprochen; der Staatsprokurator erscheine als Regierungs- das Schwurgericht als Volksbeamter. —

Handelt es sich in der That um nichts weiter als die Theilung der Gewalten, dann läßt sich nicht absehen, weshalb nicht die Anklage im Namen des auf Strafe berechtigten Volks erhoben, und der Richterspruch, wie es stets geschehen, im Namen der

Digitized by Google

Krone gefällt werden soll. Aber es handelt sich freilich um die geschichtliche Erscheinung, daß die Regierung durch das Inquisitionsgericht im Namen des Volks sich gegenüber den Verbrechern selbst half, das Volksbedürfniß entstand diese Selbsthilfe zu beseitigen, und das Volk, weil es noch nicht an Beseitigung des Inquisitionsgerichts dachte, kein anderes Mittel wußte, das erwähnte Bedürfniß zu befriedigen, als andere Personen über die Thatfrage richten, und diesen Dienst reihum besorgen zu lassen.

Zu 7. Verbrechen werden in großer Mehrzahl im Geheimen ohne Zeugen begangen. Zeugt der Verbrecher nicht selbst wider sich, so kann man nur von anderen Umständen auf seine That schließen. In älterer Zeit mochte Niemand die Verantwortlichkeit für die Richtigkeit eines solchen Schlusses übernehmen, und in der Alternative, entweder die meisten Verbrecher ungestraft zu lassen oder sie zum Geständniß, zum Zeugniß wider sich selbst, zu zwingen, wählte man den letzteren Weg, und bürdete dadurch dem Angeschuldigten selbst die Verantwortlichkeit auf. — Je geringer die Verantwortlichkeit ist, die sich an eines Menschen Ueberzeugung knüpft, desto leichter ist er mit seinem Urtheil fertig, und er wird in demselben Maas vorsichtiger und bedenklicher, in welchem sich die Folgen seines Urtheils, und damit seine Verantwortlichkeit, mehren. Weil sich eben an die Ueberzeugung des Inquisitionsrichters von der Schuld des Inquisiten noch nicht die Strafe knüpfte, deshalb war er leicht von der Schuld überzeugt, selbst abgesehen davon, daß ihn der Wunsch, den Schuldigen zu finden, geneigt machte, an die Schuld bei auch nur wenigen Gründen zu glauben. Aber war er einmal von der Schuld überzeugt, dann gestattete ihm das Gesetz den Zwang zum Geständniß, die Folter, — er hatte diese gesetzliche Folge nicht zu verantworten — und es wurde damit am Ende doch seine leichtfertige Ueberzeugung der Sache nach dasjenige Moment, an welches sich die Strafe knüpfte. Das Mehr, was das Geständniß des Gefolterten an Beweisgründen lieferte, war meist eitel Schein. —

Digitized by Google

Diese Einsicht führte am Ende zur Aufhebung des Zwangs zum Geständniß. Und nun entstand wieder die Frage: wer soll die Verantwortlichkeit für die Richtigkeit der Schlüsse übernehmen? Dazu sind die Geschworenen da, behauptete man, und schloß, daß das Institut der Jury eben nichts weiter sei, als eine Wirkung des Gedankens, es müsse Jemand, wenn der Angeschuldigte nicht freiwillig gestehe, die Verantwortlichkeit dafür, daß er schuldig sei, übernehmen. Von diesem Standpunkt aus erschienen die Geschworenen als Vertreter des leugnenden Angeklagten, ihr Wahrspruch ist ein Ersatzmittel für das fehlende Geständniß. Will der Angeklagte nicht durch ein Geständniß die Verantwortlichkeit der Bestrafung auf sich nehmen, so nehmen sie die Geschworenen auf ihr Gewissen. Der Wahrspruch der Geschworenen sollte darum auch beim Geständniß des Angeklagten als überflüssig wegfallen.

Indessen ist diese Anschauungsweise durchaus nicht geeignet die Entstehung der Geschworenen zu erklären. Schon lange bevor man in Deutschland an die Jury dachte, übernahm der Inquisitionsrichter die Verantwortlichkeit bei fehlendem Geständniß, und es entstanden daraus die s. g. Verdachtsstrafen. Freilich geschah es zögernd und mit Widerstreben, man schloß nicht blos die Erkennung von schweren Strafen, insbesondere der Todesstrafe, hierbei aus, sondern schob wenigstens die Verantwortlichkeit für die Grundlage der Schlüsse auf den Gesetzgeber, sie sollte durch zwei Zeugen oder Geständniß bewiesen sein. Allein gleichzeitig mit der Einführung der Jury in Deutschland übernahmen die Richter in allen Fällen, wo Geschworene nicht hinzugezogen wurden, die Verantwortlichkeit für die Richtigkeit ihrer Ueberzeugung und straften den Angeklagten, sobald sie von seiner Schuld überzeugt waren. Das Richten nach Ueberzeugung ist also gar keine Eigenthümlichkeit der Geschworenen. —

Gesteht der Angeklagte, — und das war die weitere Lehre, — dann ist ein Wahrspruch der Geschworenen überflüssig, der Angeschuldigte übernimmt nun selbst die Verantwortlichkeit. Aber

Digitized by Google

nun entstand vom Gesichtspunkt des Untersuchungsprozesses eine neue Schwierigkeit. Geständniß war nicht Verzicht auf Beweis, sondern ein Beweismittel, der Richter erforschte die Sache wie sie war, oder die materielle Wahrheit. Er hatte darum die Glaubwürdigkeit des Geständnisses zu prüfen, und das Ende war, daß er doch wieder nach seiner Ueberzeuguug urtheilte und der Sache nach ihm die Verantwortlichkeit zufiel. Freilich umging man diese Folgerung so ziemlich, indem man die Glaubwürdigkeit des Geständnisses nach rein äußerlichen Merkmalen beurtheilte. Glaubwürdig, so lehrte man zur Zeit der Tortur, sei ein Geständniß, im Fall es mit den sonstigen Ergebnissen der Untersuchung übereinstimmte, der Gestehende solche Umstände angebe, die nur ihm allein bekannt sein könnten, und es nach Beendigung der Tortur wiederholt worden wäre. Das Trügerische dieser Merkmale leuchtet ein. Das erste würde nur Sinn haben, hätte der Inquisit diese Ergebnisse nicht gekannt, und man redete darum auch davon, daß das Geständniß nicht suggerirt sein dürfe. Allein in Wirklichkeit war der Inquisit schon längst von Inquisitionsbeamten durch Vorhalte mit dem Untersuchungsergebnisse bekannt gemacht worden. Das zweite Merkmal setzt voraus, daß sich der Richter hintennach von der Richtigkeit der Umstände, die der Inquisit angegeben hat, überzeugt, und weder er noch sonst Jemand zuvor darum wußte, und den Inquisit davon in Kenntniß setzte. Diese Voraussetzung lag sehr selten vor, und man begnügte sich damit, daß der Inquisit eben solche Umstände angegeben hatte; er konnte sie natürlich auch erlogen haben. Die Wiederholung des Geständnisses nach beendigter Folter war kein Beweis der Freiwilligkeit, sondern der Furcht nochmal gefoltert zu werden. Nach Aufhebung der Folter legte man das Hauptgewicht darauf, daß das Geständniß nicht abgezwungen sei. Daß ein in Untersuchungshaft Befindlicher es ablegte, vielleicht nachdem er Jahre lang im Gefängniß gesessen, und keinen anderen Wunsch kannte, als den, nur dieses Leiden los zu werden — die

Digitized by Google

Menschen werden bekanntlich durch ein gegenwärtiges, geringeres Uebel viel mehr determinirt, als durch ein größeres zukünftiges — erschien nicht als ein Umstand, der das Merkmal der Freiwilligkeit beseitigte. Der Schluß, welcher das Geständniß zur „regina probationum“ machte, war dieser: Niemand fügt sich freiwillig ein Uebel zu, weil das gegen die Selbstliebe angeht; nun ist das Geständniß ein Uebel für den Gestehenden, da sich Strafe daran knüpft, also kann es nur abgelegt sein, weil der Gestehende das Verbrechen wirklich begangen hat, wenn es nicht abgezwungen worden ist. — Zunächst wird freilich Niemand bezweifeln, daß der Verbrecher am besten um die verbrecherische Handlung weiß, insbesondere bezüglich seiner Absicht, für die es außer dem Selbstzeugniß natürlich gar keinen direkten Beweis giebt. Allein darum handelt es sich ja grade, ob der Gestehende der Verbrecher ist, welcher Gründe man bedarf, um dem Zeugniß des Beschuldigten, er sei der Verbrecher, Glauben schenken zu können. Beim Zeugen im engeren Sinn liegt die Garantie für die Glaubwürdigkeit seiner Aussage im Mangel eines Interesses an der Lüge, und in der Annahme, daß Einer, wenn er die freie Wahl hat zwischen Lüge und Wahrheit, die Wahrheit sagt, oder daß Ehre, Gewissenhaftigkeit, Furcht vor Strafen ꝛc., ihn zur Aussage der Wahrheit, beim Mangel eines Interesses an der Lüge, treiben.

Diese Gründe für die Annahme, daß die Aussage eines Zeugen wahr sei, liegen aber gar nicht vor, wenn der Angeschuldigte wider sich selbst zeugt. Angeschuldigte haben stets ein Interesse, nicht wider sich zu zeugen, es fehlt also grade bei ihnen die Situation, welche die Glaubwürdigkeit eines Zeugnisses bedingt. Zeugt ein Angeschuldigter wider sich, so ist das nur so denkbar, daß ihn ein das Interesse am Nichtwidersichzeugen aufwiegendes Interesse dazu bestimmt. Dieses letztere Interesse kann nun entweder ein solches sein, dessen Befriedigung nur durch das Sagen der Wahrheit möglich ist, oder eins das sowohl durch das

Digitized by Google

Sagen der Unwahrheit wie der Wahrheit Befriedigung erhält. Damit man die Glaubwürdigkeit eines Geständnisses prüfen kann, ist es also unbedingt nöthig, um das Motiv zum Geständniß, um das Interesse zu wissen, dem das Selbstzeugniß dient. Ist dieses Gewissenhaftigkeit oder auch nur Ehrgefühl, dann verdient das Geständniß natürlich Glauben, weil diese Beweggründe durch die Aussage der Unwahrheit nicht befriedigt werden können, ebenso wie in dem Fall, wenn der Beschuldigte die Aufstellungen des Inquirenten einräumt, weil er dessen Logik nichts mehr entgegenzusetzen weiß, und des Glaubens lebt, daß er antworten müsse. Ist es aber die Meinung, doch überführt zu sein, daß also das Leugnen nichts mehr nütze, sondern nur die Untersuchung verlängere, ist es gar die Absicht die Qualen der Untersuchungshaft abzukürzen, ist es der Wunsch die Freiheit wieder zu erlangen, zur Familie zurückzukehren u. s. w., so leuchtet ein, daß diese Motive ebenso gut durch Sagen der Wahrheit, wie der Unwahrheit befriedigt werden können, und den auf sie gegründeten Selbstzeugnissen jegliche Garantie für ihre Wahrheit fehlt; sie können ebensogut unwahr wie wahr sein. Wie soll sich nun der Richter Gewißheit über das dem Geständniß zu Grund liegende Motiv verschaffen? Und er verschafft sie sich auch nicht, aber er glaubt doch dem Geständniß. — Enthalten die Geständnisse in der Regel die Wahrheit, so liegt das nicht darin, daß das Motiv zum Gestehen meist ein auf die Wahrheit gerichtetes, nur durch sie zu befriedigendes, also Gewissenhaftigkeit oder Ehrgefühl oder Mangel einer Ausrede ist, — denn diese Motive sind sehr selten — sondern darin, daß die Angeschuldigten in den bei weiten meisten Fällen auch die Schuldigen sind, also die dem Geständniß vorausgehende Ueberzeugung des Richters richtig war. Darum entsprachen auch die abgefolterten Geständnisse fast stets der Wahrheit. —

Hieraus erhellt, daß die materielle Wahrheit, welche der Richter durch das Selbstzeugniß des Angeschuldigten zu erfahren

Digitized by Google

glaubt, in den meisten Fällen eine sehr formelle ist, wenn nicht das Geständniß durch demselben nachfolgende und durch es veranlaßte Ermittelungen sich als wahr bestätigt, und daß der Richter sich mit der Uebernahme der Verantwortlichkeit Seitens des Angeschuldigten begnügt. Darauf weißt auch die Lehre über Widerruf des Geständnisses hin. Dieser ist ein Zurücknehmen der übernommenen Verantwortlichkeit, und setzte den Inquisitionsrichter stets in die größte Verlegenheit, ja er veranlaßte ihn, den Inquisiten von Neuem zu foltern. Wäre das Geständniß nichts weiter als Ueberzeugungsmittel, so würde eine spätere Erklärung des Angeschuldigten, er sei doch nicht der Schuldige, an und für sich ganz bedeutungslos sein, und man hätte nicht nöthig gehabt, den Priestern und Advokaten bei harter Strafe Verleitung der Inquisiten zum Widerruf der Geständnisse zu verbieten.

Nach Hegels und Köstlins *) Lehre besitzen die Geschworenen ein besonderes Organ, mittelst dessen sie nicht blos die äußere That wahrnehmen, anschauen, ungeachtet sie nicht bei ihrer Begehung zugegen waren, sondern auch die Absicht des Thäters, seine Schuld. Damit ist jeder Indizienbeweis, auch bezüglich der Absicht, beseitigt. Vermöge dieses Organs sollen sie zum Urtheil über die Thatfrage geeigneter sein, als der rechtsgelehrte Richter, welcher es nicht besitzt. Das Organ ist das durch Eid gebundene Gewissen der Geschworenen. Wie Einer mit seinem Gewissen um die Sittlichkeit weiß, so weiß der Geschworene mit demselben um die verbrecherische Handlung, der Ausspruch der Schuld oder Unschuld wird aus der Seele des Verbrechers gegeben, und darum kann der Geschworene die Verantwortlichkeit für sein Urtheil übernehmen. Dem Einwand, daß die Geschworenen am Ende grade so geartete Menschen seien, wie die Juristen, wird damit begegnet, daß es sich bei den Geschworenen nicht um ihr eignes Gewissen, sondern um das Volksgewissen handelt, das sie repräs-

*) Wendepunkt des Strafverfahrens.

Digitized by Google

sentiren. Gleichwohl ist dieses Wissen der Geschworenen davon abhängig, daß durch die mündliche Verhandlung die Sache wie sie ist vor ihnen rekonstruirt wird. Nun wird aber bei fehlendem direkten Beweis nicht die Sache selber dargestellt, sondern es erzählt eine Reihe von Personen ihre Wahrnehmungen, die möglicherweise Ursachen oder Wirkungen des Verbrechens, oder auch der Absicht, das Verbrechen zu begehen, sein können. Das vor dem Schwurgericht entrollte Bild ist kein ganzes, sondern eine Anzahl von Bruchstücken, und zwar fehlt grade das Stück, um welches es sich hier handelt. Will man die Lücken nicht durch die Phantasie ausfüllen — bei Benutzung dieser Geistesthätigkeit fehlte es natürlich an jeglicher Garantie, daß die Einbildung der Wirklichkeit entspräche — so bleibt nichts übrig, als das Denkvermögen zur Hilfe zu nehmen, nemlich die vorliegenden Bruchstücke nach Erfahrungsregeln zu deuten, d. h. von den gegebenen Theilen auf die fehlenden nach den Regeln der Erfahrung zu schließen. Wer diese Operation vornehmen will, muß selbstverständlich eine aus den Erfahrungen konstruirte Theorie mitbringen, und das Schließen ist eben nichts weiter als die Anwendung dieser Theorie auf die vorliegende Einzelheit. Auch bei Geständniß oder direktem Zeugenbeweis ist der Hergang kein anderer, sondern der nemliche. Nicht von der Erzählung dieser Einzelheit seitens des Zeugen oder des Angeklagten schließe ich auf das Erzählte, sondern ich wende die Theorie, daß das, was Zeugen und Angeklagte wider sich als wahrgenommen aussagen, wahr sei, auf diese Einzelheit an. Beim indirekten Beweis geschieht zunächst ganz dasselbe, es muß zuerst auf das Wahrsein des Ausgesagten geschlossen werden. Erst wenn dieser Schluß gemacht worden ist, kann ich an eine Ergänzung des fehlenden Stücks vom Bild gehen, nemlich schließen, daß wenn diese Stücke vorliegen, das andere hier fehlende Stück in der Mitte gelegen hat. Wende ich eine mir fremde Theorie an, so kann von meiner Ueberzeugung und meinem Glauben keine Rede sein.

Digitized by Google

Letztere setzt vielmehr voraus, daß ich meine eigne Theorie über Wahrsein zur Anwendung bringe, nemlich diejenige, an deren Richtigkeit ich glaube. Die konkrete Ueberzeugung und der konkrete Glaube, nemlich der, daß dieses geschehen, wahr sei, ist nichts weiter, als das Fallen der bestimmten Einzelheit unter die Theorie, an deren Richtigkeit ich glaube.

Bei dem positiven Beweisrecht wird an und für sich eine fremde Theorie angewendet, und es fällt darum das Moment der Ueberzeugung des sie Anwendenden weg. Es kann sein, daß die positive Beweislehre auch seine eigene ist, und dann hat er auch die Ueberzeugung von der Schuld des Angeklagten, sobald sie das Gesetz annimmt. Das Zusammenfallen beider erscheint aber mehr oder weniger als Zufall. Unsere positive Beweistheorie ist nun diejenige, die dem Volksglauben, oder wenigstens dem des Gesetzgebers, entsprach. Erst nachdem sie sich als zu beschränkt ergab, ließ man sie als bindende Norm fallen, und wies den Richter auf seine eigene Theorie, und damit auf seine Ueberzeugung an. Daß ein jeder Einzelne eine besondere Theorie über Wahrsein habe, ist weder der Fall noch wünschenswerth, und es werden die Besonderheiten in demselben Maas schwinden, als die Theorie über Wahrsein zum Gegenstand des Volksdenkens, und damit der Wissenschaft, wird. Aber es leuchtet ein, daß die Besonderheiten um so zahlreicher, die Theorien, an welche die Einzelnen glauben, um so verschiedener sein werden, je weniger Bildung, d. h. eben allgemeines Wissen, diese Einzelnen besitzen, wie sich andererseits ergiebt, daß je verschiedener die Theorien der Einzelnen sind, welche gemeinschaftlich ein Urtheil über Wahrsein fällen sollen, um so entfernter die Möglichkeit ist, das Urtheil zu motiviren; es müßten sonst fast eben so viele Begründungen gegeben werden, als Einzelurtheile. Die rechtsgelehrten Richter werden zwar in ihren Theorien über Wahrsein auch zuweilen auseinandergehen, aber doch nicht in dem Maas, daß die Motivirung eines gemeinschaftlichen Urtheils unthunlich

Digitized by Google

wäre. Bei den Geschworenen wird in der Regel jeder Einzelne seine besondere Theorie haben, und es ist darum eine Begründung des Wahrspruchs als Eines Urtheils undenkbar, und deshalb auch im Leben nicht vorhanden. Hierzu tritt das weitere Moment: je gebildeter ein Mensch, desto mehr ist er sich der Gründe seines Urtheils, sowohl seiner Theorie als der Einzelheiten, die unter sie fallen, bewußt, und je ungebildeter, desto weniger ist dieses der Fall. Die Urtheilsbildung wird bei der ungebildeten Menge gewissermaßen zu einer instinktiven Operation. Es bleibt in ihrem Bewußtsein nichts hängen, als die Ueberzeugung und der Glaube, und wer nun die Sache äußerlich betrachtet, kann zu der Meinung gelangen, es glaube Einer, weil er glaube, nemlich der Glaube sei der Anfang und das Ende zugleich. Ich denke wir haben damit den Grund gefunden, aus dem die Geschworenen auf ihre intime conviction hingewiesen sind, und Angabe von Entscheidungsgründen von ihnen nicht erwartet wird. —

Man hat viel vom Totaleindruck gesprochen und sich vorgestellt, als sei derselbe ein Moment neben den einzelnen Momenten, aus denen er besteht. Die einzelnen Eindrücke sammeln sich zu einem Ganzen, und dieses Ganze ist es, was die Ueberzeugung wirkt. Nach der Theorie des Urtheilenden glaubt dieser nicht an die Wahrheit, wenn dieses oder jenes Moment vorliegt, sondern wenn die ganze Reihe vorliegt. Dem Ungebildeten bleibt nun eben nichts als der Totaleindruck, oder das Resultat der Einzeleindrücke in Erinnerung und es scheint nun Ursache zu sein, was Wirkung ist. Diese Erscheinung steht durchaus nicht isolirt, sie ist vielmehr im Wesen dieselbe, wie die Sittlichkeit und das Recht ohne Ursache.

Streicht man hiernach das Mißtrauen in die Unparteilichkeit des Richters aus der Reihe der Gründe für das Schwurgericht aus, dann ist es für uns ein grundloses Institut. Ob es bei anderen Völkern anderen Bedürfnissen dient und darum unentbehrlich ist, ob es ihnen zu einer Lebensgewohnheit

Digitized by Google

geworden, die sie nicht missen mögen, ist selbstverständlich für uns von keinerlei Erheblichkeit. — Aber ich glaube, daß das Mißtrauen gegen den Richter nicht blos das Institut der Jury erzeugt hat, sondern es auch erhält, und daß dieses Mißtrauen gerade so lange dauern wird, als seine Ursache, der Untersuchungsprozeß, nicht vollständig beseitigt ist. Das Schwurgericht stellt sich als die am schärfsten gezogene Consequenz des Prinzips der Richterhilfe in der Gegenwart dar. Im Schwurgericht, und nur in ihm, ist bis jetzt das Prinzip der Richterhilfe, freilich nur bezüglich der Thatfrage, zur vollständigen Herrschaft gelangt.

§. 42.

Schluß.

Es liegt die Frage nahe: welche Richtung wird die weitere Entwickelung unseres Strafprozesses nehmen? Mit einiger Bestimmtheit läßt sich darüber natürlich nichts sagen, aber wahrscheinlich ist es mir, daß alles was von Consequenzen des Prinzips der Selbsthilfe noch in unserem Prozeß steckt, allmälig ausgeschieden, und schließlich für die Verwirklichung der Rechte des Staats aus Verbrechen vor dem Richter keine andere Prozedur gelten wird, als die für die sonstigen Rechte vorgeschriebene auch, daß man demjenigen, gegen welchen der Staat ein Recht auf Beschränkung der Freiheit, ja auf Vernichtung seines leiblichen Daseins zu haben behauptet, den Schutz nicht versagen wird, welchen man ihm gewährt, wenn ihn der Staat als Schuldner eines unbedeutenden Geldbetrags bezeichnet. Dazu gehört einestheils, daß das Volk sich von der Ansicht, es bedürfe der Selbsthilfe im Strafrecht, lossagt, und anderntheils, daß die jetzt Civilprozeß genannte Prozedur eine Gestalt gewinnt, welche eine rasche Erledigung einer Prozeßsache ermöglicht. — Meine Ansicht über die Weiterentwickelung des Strafprozesses gründet sich auf die Wahrnehmung, daß ein einmal ins Volksleben eingeführtes Prinzip sich jedesmal unaufhaltsam in alle seine Consequenzen

Digitized by Google

ausbreitet. Mit dem Prinzip des Inquisitionsprozesses oder der Selbsthilfe ist dieses in vollem Maas so ergangen, es wurde auch die letzte Consequenz desselben gezogen. In der Mitte des vorigen Jahrhunderts erblicken wir es noch stark mit Anklageconsequenzen versetzt, und es hat das Strafverfahren eine Gestalt, die unserem dermaligen Prozeß äußerlich sehr ähnlich sieht. Aber die Seele beider ist völlig verschieden, dort erscheint das Prinzip der Selbsthilfe als die bewegende Kraft, hier der Gedanke der Richterhilfe. Dort scheidet das Prinzip allmälig alles ihm fremde von sich aus, bis die letzte Spur des alten Anklageprozesses getilgt ist. Und sollte es hier anders sein? Sollte nicht der neuerwachte sittliche Gedanke, daß Selbsthilfe in jeglicher Gestalt zum Unrecht führe und darum verwerflich sei, dieselbe Kraft besitzen, wie der unsittliche, daß Selbsthilfe am kürzesten und sichersten den Gegner niederwerfe?

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Bei uns ist ferner erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Baron, Dr. **J.**, die Gesammtrechtsverhältnisse im römischen Recht. br. Rthl. 2. 15 Sgr.

Fuchs, Dr. **C.**, Professor in Marburg, Beiträge zum Civilproceß. Erstes Heft: Die Lehre von der Litisdenuntiation. br. 20 Sgr.

— — Zweites Heft: Das Concursverfahren. br. 18 Sgr.

Hartert, F. C., Justizbeamter in Schlüchtern, die Priorität der Gläubiger mit Rücksicht auf Kurhessisches Recht. br. 15 Sgr.

Roth, Dr. **P.** und Dr. **B. von Meibom**, Kurhessisches Privatrecht. Erster Band. br. Rthl. 2. 20 Sgr.
(Der zweite Band erscheint im Jahre 1866).

Vangerow, Dr. **K. A. von**, Geheimerath und Professor zu Heidelberg, Lehrbuch der Pandekten. **Siebente vermehrte und verbesserte Auflage.** Drei Bände. br. Rthl. 11.

Wagner, Dr. **J. G.**, Landrichter in Marburg, Grundzüge der Gerichtsverfassung und des untergerichtlichen Verfahrens, sowohl in streitigen Civil-Sachen, als bei den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Kurhessen. **Vierte umgearbeitete und vermehrte Auflage.** br. Rthl. 3. 15 Sgr.

Zimmermann, Dr. **C.**, Oberappellationsgerichtsrath in Lübeck der Glaubenseid. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung. br. Rthl. 2.

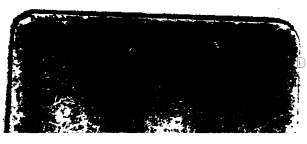
Marburg im Juni 1865.

N. G. Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google

Digitized by Google